
La mise en œuvre législative des accords des partenaires sociaux européens : défis et débats

Jean-Paul Tricart

Working Paper 2019.09

La mise en œuvre législative des accords des partenaires sociaux européens : défis et débats

—
Jean-Paul Tricart

Working Paper 2019.09
institut syndical européen

Jean-Paul Tricart est chercheur associé à l'Institut syndical européen depuis août 2018. De 1988 à 2017, il a travaillé au sein de la Commission européenne, Direction générale de l'emploi et des affaires sociales, où il a, entre autres, dirigé l'Unité en charge du dialogue social européen (2008-2014). De 1973 à 1988, il a été chercheur en sciences sociales en France, dans un laboratoire universitaire (1973-1979) puis au Centre National de la Recherche Scientifique (CNRS) (1980-1988).

Cette étude est une étape dans un processus de recherche en cours, qui porte sur les transformations de la politique sociale européenne au cours des années 1985-2020. Le présent texte reflète exclusivement les vues de son auteur, qui exerce ici le droit à la liberté d'expression qui lui est reconnu par le Règlement fixant le statut des fonctionnaires européens et le régime applicable aux autres agents des institutions européennes. Conformément aux dispositions de ce Règlement, l'auteur a demandé à la Commission européenne l'autorisation de publier cette étude et lui a soumis à cet effet le projet de texte. La Commission a exprimé un certain nombre de remarques sur son contenu et sur le calendrier de la publication. L'auteur a pris en considération certaines de ces remarques dans la version finale du texte mais il est clair que cette étude n'engage en rien les institutions au sein desquelles il a travaillé antérieurement et, en particulier, la Commission européenne.

Les publications de l'ETUI sont produites dans le but de susciter des commentaires et d'encourager le débat. Les opinions qui y sont exprimées sont celles de l'auteur/des auteurs et ne reflètent pas nécessairement les positions de l'ETUI ni celles des membres de son Assemblée générale.

Bruxelles, 2019
© Editeur : ETUI aisbl, Bruxelles
Tous droits réservés
Imprimé par : Imprimerie ETUI, Bruxelles

D/2019/10.574/27
ISSN 1994-4446 (print version)
ISSN 1994-4454 (electronic version)



L'ETUI bénéficie du soutien financier de l'Union européenne. L'Union européenne ne peut être tenue responsable de l'utilisation qui pourrait être faite de l'information contenue dans cette publication.

Table des matières

Introduction	5
1. Consultation et négociation des partenaires sociaux européens : les origines des dispositions des traités	19
1.1 Le contexte.....	19
1.2 La CIG et l'Accord du 31 octobre 1991	20
2. Les modalités de mise en œuvre des dispositions relatives à la consultation et la négociation	23
2.1 Les propositions des partenaires sociaux européens.....	24
2.2 La Communication de 1993	24
2.3 La Communication de 1998	26
2.4 Un très large consensus sur l'esprit des dispositions du Traité	29
2.5 Le projet de Traité constitutionnel et le Traité de Lisbonne.....	31
2.6 La primauté de la négociation collective au niveau européen	33
3. Des premières controverses à la réinterprétation de l'article 155.....	39
3.1 2012, année charnière	39
3.2 Les interrogations quant aux modalités selon lesquelles la Commission pourrait décider de ne pas donner suite à une demande de mise en œuvre législative d'un accord	41
3.3 L'importation des analyses d'impact dans l'examen des demandes de mise en œuvre législative des accords des partenaires sociaux européens.....	44
3.4 2015 : La Commission Juncker et le « paquet <i>Better Regulation</i> »	51
3.5 Les textes et les actes.....	58
Conclusion	65
Une réinterprétation substantielle	65
Une réinterprétation conflictuelle	67
Notes.....	71
Références bibliographiques	99

Introduction

« L'ignorance du passé ne se borne pas à nuire à la connaissance du présent : elle compromet, dans le présent, l'action même. »

Marc Bloch, *Apologie pour l'histoire ou Métier d'historien*, 1949

Cette étude examine l'un des aspects les plus originaux, mais aussi les plus controversés aujourd'hui, des articles des traités européens relatifs au dialogue social européen. Elle analyse l'évolution de l'interprétation qui a été donnée par la Commission à la disposition des traités par laquelle l'application d'un accord conclu entre les partenaires sociaux européens peut, à leur demande, être rendue obligatoire *erga omnes* par une législation européenne. Il s'agit de la partie de l'article 155.2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) qui dispose que « la mise en œuvre des accords conclus au niveau de l'Union européenne [par les partenaires sociaux] intervient [...], dans les matières relevant de l'article 153, à la demande conjointe des parties signataires, par une décision du Conseil sur proposition de la Commission » (1).

C'est là ce que les analystes des relations industrielles appellent *un mécanisme d'extension de l'applicabilité des accords collectifs*. C'est un mécanisme qui existe sous des modalités diverses dans la plupart des États membres de l'Union, et qui est largement reconnu comme un puissant facteur d'efficacité de la négociation collective (2). L'élément original ici est que ce mécanisme a été institué au niveau européen, et qu'il a contribué ainsi de façon décisive à l'instauration d'un espace européen de relations conventionnelles, ce qui est précisément ce que l'on appelle le dialogue social européen. En permettant que l'application des accords conclus au niveau européen par les partenaires sociaux soit étendue à tous les employeurs et tous les travailleurs concernés de l'Union, cette disposition du Traité a stimulé la structuration des organisations d'employeurs et des syndicats au niveau européen, encouragé la prise en considération de l'intégration européenne dans la négociation collective et favorisé le développement d'une culture de dialogue social au niveau européen.

Les mécanismes de consultation et de négociation qui permettent aux partenaires sociaux européens de contribuer directement au développement de la politique sociale de l'Union sont décrits dans les articles 154 et 155 TFUE. L'article 154 impose la consultation préalable des partenaires sociaux européens lorsque la Commission envisage puis prépare une initiative dans le domaine de la politique sociale ; l'article 155 donne aux partenaires sociaux la possibilité de négocier des accords collectifs au niveau européen, à l'occasion de cette consultation ou à leur propre initiative, et il définit les modalités de mise en œuvre de ces accords, dont la mise en œuvre par une législation qui rend obligatoire leur application *erga omnes*. Mais ces articles ne datent pas du TFUE : ils reprennent presque

intégralement (en les renforçant) les articles 138 et 139 du Traité sur l'Union européenne (Amsterdam, 1997), lesquels incorporaient dans les traités européens les articles 3 et 4 de l'Accord sur la politique sociale (APS) annexé au Traité de Maastricht (1992), Accord dont le Royaume-Uni était alors resté à l'écart.

Ces dispositions des traités ont donc une histoire qui est déjà longue. À dire vrai, elles sont même emblématiques de la naissance et de la reconnaissance du dialogue social européen dans le contexte de la relance de la construction européenne portée par les Commissions Delors (1985-1995). Elles en sont emblématiques d'abord par leur contenu, qui consacre, dans les traités, le rôle que les partenaires sociaux européens peuvent jouer, en tant qu'acteurs autonomes et à travers la négociation collective au niveau européen, dans l'élaboration et la production de la législation et de la politique sociale européennes. Mais elles en sont emblématiques aussi par leur genèse, puisque ces articles sont repris *verbatim* de la contribution que les partenaires sociaux européens ont soumise en 1991 à la Conférence intergouvernementale (CIG) sur l'« Union politique » qui était en charge de la préparation du Traité de Maastricht, et puisque les partenaires sociaux européens peuvent dès lors en revendiquer légitimement la paternité — du moins en partie, car leur contribution a été préparée avec le concours très actif des services de la Commission (3).

Au demeurant, les partenaires sociaux européens n'ont pas seulement été les auteurs ou les co-auteurs du texte de ces dispositions des traités : la Commission les a aussi d'emblée associés à la définition des modalités de mise en œuvre de ces dispositions, en vue de permettre dans les meilleurs délais leur utilisation et de faire ainsi la démonstration de la capacité de la négociation collective européenne à contribuer à la régulation des conditions de travail en Europe. Car tel était l'enjeu de l'introduction de ces dispositions dans les traités en 1992, et cet enjeu était à la fois clair et partagé par l'ensemble des parties impliquées (Commission, Conseil, États membres et partenaires sociaux) : il s'agissait d'établir *un espace de relations conventionnelles au niveau européen*, et de donner à la négociation collective à ce niveau une capacité de régulation effective des conditions de travail, ce afin de contribuer à développer la dimension sociale de l'intégration européenne.

Depuis l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht, ces dispositions ont permis de donner un effet contraignant *erga omnes* à une douzaine d'accords des partenaires sociaux européens, interprofessionnels ou sectoriels, sur des sujets tels que le congé parental (1996, 2009), le travail à temps partiel (1997) ou à durée déterminée (1999), le temps de travail du personnel mobile de certains secteurs du transport (rail [2004], aviation civile [2000], voies navigables [2012]), les risques spécifiques de blessure auxquels sont exposés les travailleurs du secteur hospitalier (2009), les conditions de travail dans les secteurs de la pêche (2013) ou du transport maritime (1998, 2008, 2016)... Il y a eu bien évidemment, au cours de cette période, des consultations de la Commission sur des sujets de politique sociale qui ne relevaient pas des responsabilités spécifiques des partenaires sociaux, ou sur lesquels les partenaires sociaux n'ont souhaité, ni du côté des employeurs, ni du côté des syndicats, engager une négociation ; ou sur lesquels ils ne se sont pas entendus sur l'ouverture d'une négociation bien que l'une des deux parties la souhaitait, ou encore sur lesquels ils ne sont pas parvenus à un accord au terme de

leur négociation ; et aussi parfois où ils ont conclu un accord en optant pour une mise en œuvre *inter partes* ; dans la majorité des cas, les consultations ont donné lieu à l'une ou l'autre de ces possibilités, ce qui souligne que le dialogue social européen se développe sur fond de divergences plus souvent que de convergences entre organisations d'employeurs et organisations syndicales. Mais il y a eu aussi les douze accords précités, soit quatre accords interprofessionnels et huit accords sectoriels, pour lesquels les partenaires sociaux signataires ont demandé une mise en œuvre *erga omnes*, comme le leur permet le Traité, et pour lesquels la Commission a présenté au Conseil des propositions législatives, que le Conseil a approuvées, et ce dans des délais au demeurant très courts (moins de six mois après la proposition de la Commission, dans la plupart des cas) : ce qui est une performance d'autant plus remarquable que plusieurs de ces dossiers avaient fait l'objet de propositions législatives antérieures qui étaient restées pendantes au Conseil pendant plusieurs années, ou avaient été exclus du champ de propositions législatives antérieures du fait de leur complexité (4).

C'est pourquoi la Commission a longtemps présenté ces dispositions comme étant l'un des traits distinctifs de l'intégration européenne, à la fois l'un des acquis les plus exemplaires de l'Europe sociale, et l'un des instruments les plus significatifs du dialogue social européen, bref un modèle de bonne gouvernance et un symbole de la capacité des partenaires sociaux européens à contribuer à la gestion des changements économiques et sociaux dans l'Union. Elle l'a dit et répété en de nombreuses occasions, et notamment dans des Communications et autres documents consacrés spécifiquement au dialogue social européen et aux dispositions des traités en ce domaine (1993, 1996, 1998, 2002, 2004, 2010) (5). Consciente que le nombre d'accords restait limité — en moyenne, un accord tous les dix-huit mois à deux ans, dialogue social interprofessionnel et dialogue social sectoriel confondus — elle a régulièrement appelé les partenaires sociaux européens, tant interprofessionnels que sectoriels, à utiliser davantage les possibilités de négociation que leur donnaient les traités. Et dans sa pratique législative des années 1990 et 2000, elle a accordé la priorité à la négociation collective à chaque fois que les partenaires sociaux européens étaient prêts à s'y engager, et elle a fait preuve de la plus grande flexibilité pour incorporer dans la législation européenne, lorsque les partenaires sociaux le demandaient, les accords résultant de cette négociation collective. Les États membres et le Conseil ont aussi reconnu la valeur ajoutée des dispositions des traités relatives au dialogue social, et la spécificité de cette modalité de régulation des conditions de travail dans l'Union. Cela d'abord en approuvant sans délai toutes les propositions de mise en œuvre législative des accords qui leur étaient présentés, et ensuite en renforçant ces dispositions lors de la préparation du projet de traité constitutionnel, puis lors du Traité de Lisbonne (2007), entre autres en ouvrant davantage encore les modalités de négociation qui existaient jusque-là.

Mais la situation a changé aujourd'hui : si la Commission consulte toujours les partenaires sociaux en amont de ses initiatives dans le domaine de la politique sociale, et même, avec la Commission Juncker, au-delà de ce seul domaine (notamment dans le cadre de la mise œuvre du « Semestre européen », qui est aujourd'hui le principal instrument de surveillance des réformes économiques et sociales en cours dans les États membres), elle s'efforce désormais d'encadrer, de

limiter, voire de *décourager* de fait leur contribution directe, via la négociation collective et la mise en œuvre *erga omnes* de leurs accords au titre de l'article 155 TFUE, à la production de la législation sociale européenne. Au cours des dernières années, elle a revisité les modalités d'intervention des partenaires sociaux européens dans le processus législatif, et elle a établi de nouvelles procédures d'examen des demandes de mise en œuvre législative des accords conclus entre les partenaires sociaux européens. Ce sont des procédures qui sont à la fois longues et suspicieuses, et elles ont même conduit à l'enlisement de fait des dossiers relatifs à certains de ces accords. Et en mars 2018, elle a formellement refusé de proposer au Conseil la mise en œuvre législative d'un accord sectoriel — l'accord sur l'information et la consultation des travailleurs dans le secteur des administrations centrales, conclu en décembre 2015 — un refus qui est sans précédent s'agissant d'un accord conclu à la suite d'une négociation initiée dans le cadre d'une procédure de consultation selon l'article 154 TFUE. Cette décision est venue ponctuer quelque cinq années de controverses, de tensions et de conflit larvé résultant de l'évolution de l'attitude de la Commission à l'égard de ces accords des partenaires sociaux européens. Et l'importance des différends a conduit EPSU, *European Public Service Union*, la principale organisation syndicale signataire de l'accord dans le secteur des administrations centrales, à engager un recours devant la Cour de Justice de l'Union européenne, ce qui est ici aussi sans précédent, de la part d'une organisation syndicale, dans le dialogue social européen (6).

Que s'est-il passé ? Comment et pourquoi la Commission a-t-elle changé d'attitude à l'égard de la négociation collective européenne, au point d'apparaître, aux yeux des partenaires sociaux concernés, comme ayant réinterprété totalement les implications des dispositions du Traité relatives au dialogue social européen, et cela en quelques années seulement, et très peu de temps après le renforcement de ces dispositions par le Traité de Lisbonne ? Les premiers signes de changement sont apparus au cours de la Commission Barroso 2 (2009-2014), et plus précisément dans le courant de l'année 2012. Au cours du printemps 2012, trois accords ont été conclus dans le cadre du dialogue social sectoriel, dont les signataires ont demandé une mise en œuvre législative : un accord sur le temps de travail dans le secteur des voies navigables, un accord sur les conditions de travail dans le secteur de la pêche et un accord sur la santé et la sécurité au travail dans le secteur de la coiffure. C'était là une preuve éclatante du dynamisme du dialogue social sectoriel européen, et c'est ainsi que cela a été accueilli par les acteurs de la Commission en charge de la promotion du dialogue social européen. Mais cela a été perçu au contraire au sein d'autres services de la Commission, ceux qui conduisaient les débats sur ce que l'on appelait alors la « simplification de la législation européenne », comme un développement potentiellement problématique car ce dynamisme du dialogue social sectoriel imposait à la Commission de considérer la présentation de propositions de législation sociale qui ne relevaient pas de son initiative et de son contrôle.

En avril 2012, quelques jours avant sa signature, l'accord relatif à la santé et à la sécurité au travail dans le secteur de la coiffure a fait l'objet, au Royaume-Uni, d'une violente campagne de dénigrement médiatique et politique. Quand cette campagne s'est développée et intensifiée, ces services de la Commission en ont surtout conclu que les dispositions relatives à la mise en œuvre législative

des accords de partenaires sociaux pouvaient nuire à la Commission et à son image, notamment auprès des États membres les plus hostiles à la législation sociale européenne, et qu'il lui fallait dès lors manifester clairement qu'elle ne se considérait nullement tenue de donner une suite favorable aux demandes de mise en œuvre législative que lui présentaient les signataires de ces accords, même s'il n'y avait pas de précédent d'un refus en la matière. L'écho que cette campagne de dénigrement a reçu au sein de la Commission, et auprès du Président Barroso lui-même, a eu des effets bien au-delà du seul accord du secteur de la coiffure : il a conduit la Commission à reconsidérer les procédures d'examen des demandes de mise en œuvre législative de l'ensemble des accords des partenaires sociaux européens, et à reconsidérer les conditions mêmes de la mise en œuvre législative de ces accords. Cela a paralysé pour longtemps, au sein des services concernés, l'examen du contenu réel de l'accord du secteur de la coiffure, bien différent des caricatures dont il faisait l'objet dans la campagne britannique (7). Et cela a suscité, au sein de la Commission, une *défiance* générale envers les accords conclus entre les partenaires sociaux européens, notamment dans le cadre du dialogue social sectoriel, et, au-delà même de ces accords, une défiance envers le rôle des partenaires sociaux dans l'élaboration de la législation sociale européenne.

Si cette *défiance* s'est ainsi installée, c'est parce que les dispositions du Traité permettent aux partenaires sociaux européens, sous certaines conditions, de produire de la *législation* européenne. Et en ce début de la décennie 2010, pour diverses raisons qu'il serait trop long de développer ici (8), le contexte politique d'ensemble de l'Union était alors de moins en moins favorable à l'utilisation de la législation dans l'action européenne en général et dans la politique sociale en particulier — et sans doute aussi moins favorable au dialogue social européen (9). Et le contexte politique et idéologique au sein de la Commission Barroso 2 et de la haute administration européenne d'alors, toutes deux attachées aux paradigmes de la pensée néo-libérale, était encore moins favorable à la législation sociale et au dialogue social européen, associés l'une et l'autre à l'héritage des Commissions Delors, qu'il était de bon ton de décrier comme archaïque et obsolète au nom de la nécessaire modernisation de l'action européenne. Porteuse de ces paradigmes, sensible à la pression des États membres les plus critiques à l'égard de la législation européenne, et soucieuse aussi de satisfaire autant que possible les demandes des entreprises et des milieux économiques, la Commission Barroso 2 était alors engagée dans un important programme de réévaluation de l'utilité de l'instrument législatif dans l'action de l'Union, et d'allègement et de simplification de la législation européenne existante — et entre autres de la législation sociale, considérée par ses détracteurs comme une charge excessive pesant sur la compétitivité de l'économie européenne. S'il serait abusif de dire que la Commission œuvrait alors résolument en faveur d'une *dérégulation* dans le domaine social, il n'est pas contestable qu'elle exprimait ouvertement ses réserves quant à de nouvelles avancées de la politique sociale européenne, et qu'elle avait réduit à leur plus simple expression ses ambitions en matière de législation nouvelle en ce domaine, comme en témoigne le contraste saisissant entre l'activité soutenue de l'Union au cours des décennies 1985-1994 et 1995-2004, d'une part, et son activité réduite au cours de la décennie 2005-2014, d'autre part (10). Et la conséquence directe de cette réduction des ambitions de la Commission a été que les accords entre partenaires sociaux sont devenus, au cours de cette dernière décennie, la

source principale des rares nouvelles propositions législatives dans le domaine social. Suite à la conclusion des trois accords sectoriels de 2012, la Commission a dès lors redouté que le dynamisme du dialogue social européen, et notamment du dialogue social sectoriel, vienne contrarier l'orientation qu'elle avait adoptée et l'entraîne à devoir présenter au Conseil des propositions de législation sociale, alors qu'elle ne souhaitait pas être active en ce domaine, et qu'elle ne souhaitait pas même laisser au Conseil la décision de mettre en œuvre ou non ces accords par la voie législative, et à plus forte raison qu'elle ne souhaitait pas devoir envisager des propositions législatives qui par nature échappent à son contrôle, comme celles issues des négociations des partenaires sociaux, dont l'article 152 TFUE reconnaît « l'autonomie ». Et l'accord conclu dans le secteur de la coiffure illustre bien le décalage entre les préoccupations majeures de la Commission et celles des partenaires sociaux de ce secteur : auprès d'une Commission qui entendait différer toute nouvelle initiative législative sur la santé et la sécurité au travail parce qu'elle voulait d'abord évaluer l'acquis législatif européen en la matière, et notamment la charge réglementaire qu'il faisait peser sur les entreprises, la demande de mise en œuvre législative d'un accord sur la santé et la sécurité dans le secteur de la coiffure n'était évidemment pas bienvenue.

D'où, au sein de la Commission, et de certains de ses services en particulier, les réserves croissantes, la suspicion, voire la franche hostilité exprimée à l'égard des accords des partenaires sociaux, et surtout de ces accords sectoriels dont beaucoup découvraient alors, à l'occasion de la signature des trois accords de 2012, qu'ils s'inscrivaient dans des dispositions des traités anciennes et singulières. Cela ne s'est pas seulement traduit par la volonté de soumettre désormais toute demande de mise en œuvre législative d'un accord à une *analyse d'impact*, comme c'était alors le cas pour les propositions législatives ordinaires de la Commission, mais aussi par la volonté de trouver des modalités qui rendraient acceptable, juridiquement et politiquement, un refus pur et simple, par la Commission, de cette mise en œuvre législative, bien qu'il n'y avait pas de précédent en la matière : c'est ainsi que la Commission a engagé une réinterprétation restrictive des dispositions des traités relatives au dialogue social ainsi que la redéfinition des modalités d'examen de ces accords.

Mais d'où aussi les tensions à ce sujet entre la Commission et les partenaires sociaux européens, et notamment les syndicats et les organisations sectorielles, puisque cette réinterprétation touchait à des textes et processus fondateurs du dialogue social européen, contestait la légitimité même de la négociation collective au niveau européen, et introduisait une incertitude générale sur toutes les négociations en cours ou à venir dans le cadre de ce dialogue social européen. Ces tensions sont nées sous la Commission Barroso 2, mais elles ont persisté sous la Commission Juncker, bien que celle-ci ait annoncé, dès son entrée en fonction, sa volonté de « relancer le dialogue social européen », une annonce accueillie favorablement par les partenaires sociaux (11).

Ce processus s'est développé selon plusieurs formes et plusieurs étapes. Sous la Commission Barroso 2, l'accent a été mis sur l'obligation de soumettre les accords des partenaires sociaux à une forme d'*analyse d'impact*, l'idée sous-jacente étant que cette analyse pourrait fournir à la Commission des arguments de substance

pour se prononcer quant à la mise en œuvre législative d'un accord : le cas échéant d'en reconnaître la pertinence, et ce sera le cas pour deux accords sectoriels, ceux conclus dans les secteurs des voies navigables et de la pêche, mais aussi (et il ne fait guère de doute que cela est devenu rapidement un objectif majeur de l'exercice), de rendre plus aisément justifiable un *rejet* — c'est le mot un peu étrange qui s'imposera alors dans le discours officiel de la Commission, et ce n'est certainement pas indifférent — et d'abord le rejet de l'accord conclu dans le secteur de la coiffure, un accord auquel la Commission Barroso 2 a d'ailleurs formellement décidé de ne pas donner une suite législative « au cours de son mandat », selon une formulation particulièrement ambiguë et sans pour autant en expliciter les raisons aux signataires de cet accord, comme elle aurait dû le faire (12). Mais précisément, pour cet accord du secteur de la coiffure, l'analyse d'impact n'aura pas été menée à son terme, la Commission préférant décider de ne pas y donner suite avant même d'en terminer l'analyse.

Il faut relever ici le mot de *rejet* qui est devenu alors un mot-clé des documents dans lesquels la Commission faisait référence aux accords des partenaires sociaux européens, précisément pour signifier qu'elle considérait désormais avoir toute latitude pour « accepter ou rejeter » un accord et sa mise en œuvre législative. C'est un mot tout à fait inhabituel dans les discours très policés de la Commission, qui a coutume de recourir à des formulations neutres et le plus souvent euphémisées, et au besoin des périphrases à cet effet, et c'est au demeurant un mot qui était totalement inédit jusqu'alors dans tous les documents de la Commission relatifs au dialogue social européen et aux accords des partenaires sociaux : on ne le trouve à aucun moment dans aucun des textes précités, les Communications de 1993, 1996, 1998, 2002, ou 2004, ou le Document des services de 2010. C'est un mot qui est fort, bien plus fort que celui de refus par exemple, parce qu'il a des connotations relevant de registres agressifs, dépréciatifs ou passionnels. Son irruption soudaine dans le discours de la Commission, puis son usage récurrent dans ce discours, apparaissent comme un symptôme de l'hostilité proprement passionnelle qui s'est développée alors, au sein de l'administration en place sous la Commission Barroso 2, et dans le contexte plus large du gel de toute ambition nouvelle de la Commission en matière de législation sociale, autour des accords des partenaires sociaux européens et notamment des accords sectoriels (13).

Dans la réinterprétation des dispositions relatives aux accords des partenaires sociaux européens, la Commission Juncker s'est inscrite dans la continuité de la Commission Barroso 2, et certains considèrent qu'elle est même allée plus loin. Elle l'a fait dès le printemps 2015, donc dans les premiers mois de son mandat, à l'occasion de la redéfinition des procédures internes relatives à la préparation des initiatives législatives de la Commission. C'est ce que l'on a appelé le « paquet *Better Regulation* », c'est-à-dire un ensemble de documents relatifs aux principes qui devaient désormais régir la législation européenne, et qui inscrivait l'action à venir de la Commission dans la continuité directe des efforts continus de la Commission Barroso 2 et de son administration pour imposer et diffuser les paradigmes néolibéraux au sein de l'action de ses services. À cette occasion, elle a exprimé sa volonté d'encadrer autant que possible l'intervention des partenaires sociaux dans le processus législatif, et elle a décidé de soumettre à ses nouvelles procédures internes les demandes de mise en œuvre *erga omnes* des accords des partenaires

sociaux : même si les formulations utilisées dans les documents officiels sur ce point sont parfois ambiguës, elles tendent à gommer la spécificité du dialogue social et des dispositions de l'article 155.2 TFUE afin de faire de la mise en œuvre législative d'un accord une simple variante des modalités de production législative ordinaire, et de légitimer en conséquence le pouvoir discrétionnaire de la Commission quant à l'approbation ou non (le *rejet*, pour reprendre la terminologie qui devient alors officielle) de cette mise en œuvre législative.

Les procédures établies par *Better Regulation* illustrent ainsi le renversement de perspective que la Commission a opéré en quelques années. Désormais, et contrairement à ce que répétaient toutes les Communications passées, la Commission ne présente plus le potentiel législatif de la négociation collective européenne comme un élément de bonne gouvernance, le moyen le plus approprié de réguler l'organisation du travail et un atout pour l'intégration européenne — du moins, elle ne le dit plus du tout : elle n'utilise plus aucune de ces formulations du passé et ne délivre d'ailleurs plus aucun message positif à cet égard ; et elle n'encourage plus les partenaires sociaux à contribuer directement à la production de la législation sociale européenne par la voie de la négociation collective, car elle voit plutôt dans les dispositions des traités en la matière la possibilité d'une *intrusion* des partenaires sociaux européens dans le processus législatif européen, l'intrusion d'acteurs que la Commission ne contrôle pas et qui sont étrangers à *Better Regulation*, donc une intrusion qui est un risque et qui peut être un *danger* pour la Commission, laquelle doit donc s'en protéger par un encadrement approprié de l'ensemble de l'intervention des partenaires sociaux dans le processus législatif. Et ce faisant la Commission montre qu'elle n'entend pas laisser au seul Conseil la décision de mettre en œuvre ou non un accord par une législation européenne : *Better Regulation* insiste sur l'intervention de la Commission *en amont* de cette décision du Conseil, au stade de la proposition, selon une procédure qui confère à la Commission à l'égard des accords le pouvoir discrétionnaire qui est le sien dans le cas de la préparation d'une initiative législative ordinaire. Et l'analyse approfondie de *Better Regulation* montre même que, dans ce qui apparaît comme une logique de *découragement* de la négociation collective conduisant à la mise en œuvre législative des accords conclus, cette réinterprétation des modalités de mise en œuvre des articles 154 et 155 TFUE annule *de facto* la portée de l'élargissement des possibilités de négociation qu'avait introduit en 2007 la formulation de l'article 154 TFUE du Traité de Lisbonne.

Dans ses efforts de relance du dialogue social européen, la Commission Juncker a mis l'accent sur la consultation des partenaires sociaux, aux niveaux européen et national, mais elle a évité d'encourager la négociation collective au niveau européen en vue de conclure des accords qui seraient mis en œuvre via une législation européenne, et elle n'a évidemment pas discuté avec les partenaires sociaux européens de sa réinterprétation des dispositions des traités en la matière : elle a au contraire demandé aux partenaires sociaux européens d'adhérer aux orientations de *Better Regulation*, dont il est pourtant évident qu'elles institutionnalisent sur ce point sa défiance à leur égard. Et, comme la Commission Barroso 2 avant elle, elle a considéré qu'elle pouvait prétendre promouvoir le dialogue social européen tout en sélectionnant parmi ses produits ceux qu'elle voulait bien promouvoir et ceux qu'elle allait décourager sinon combattre.

L'avenir même de la négociation collective au niveau européen est aujourd'hui menacé, du fait de l'évolution de l'approche de la Commission à l'égard de la mise en œuvre législative des accords des partenaires sociaux européens. Pour les partenaires sociaux, l'extension *erga omnes* de leurs accords est désormais soumise à une procédure d'examen incertaine, et surtout à une procédure éminemment suspicieuse : la Commission se défie de cette extension de l'application des accords des partenaires sociaux, et elle entend donc disposer de la plus grande discrétion dans l'appréciation du contenu de ces accords et de l'opportunité de leur éventuelle mise en œuvre législative. Cette procédure d'examen est par là même beaucoup plus longue que par le passé, et sa mise en œuvre n'a d'ailleurs guère été transparente, au point d'apparaître parfois arbitraire, irrégulière, ou totalement anormale, car la Commission s'est donné *de facto* la latitude de ne pas respecter les modalités d'examen qu'elle avait elle-même fixées, et même de les transgresser manifestement.

En pratique, cela a conduit, au cours des dernières années, à un allongement considérable de la durée du traitement, par la Commission, des accords des partenaires sociaux (de l'ordre de deux à trois ans au lieu de deux à neuf mois précédemment), et à un enlisement de fait de certains dossiers bien au-delà de ces délais (d'abord l'enlisement de l'accord dans le secteur de la coiffure, conclu en 2012 et révisé par ses signataires en 2016, mais toujours pendant – même si les discussions sur cet accord ont été relancées en 2018 par la Commission – et dont le traitement, ou le délaissement, au sein des services de la Commission reste marqué du sceau du secret ; et ensuite l'enlisement de l'accord dans le secteur des administrations centrales, conclu fin 2015 et *de facto* très largement délaissé pendant dix-huit mois avant d'être formellement « rejeté » début 2018 : pour ces deux accords qui suscitaient son hostilité, la Commission n'a pas mis en œuvre comme cela était attendu les modalités d'examen qu'elle venait d'établir et dont elle prétendait qu'elles allaient assurer la transparence, la régularité et l'objectivité de sa décision). Et cet enlisement s'est accompagné pendant de longs mois (voire des années) d'une quasi-rupture de la communication sur ces accords entre la Commission et les organisations qui les avaient signés – la Commission et ses services se refusant à informer ces organisations de l'état d'avancement *réel* de l'instruction (ou de la non-instruction) de ces dossiers. Rien d'étonnant si cela a suscité les protestations récurrentes des partenaires sociaux concernés quant au déficit de communication et de transparence de la Commission dans ses relations avec les signataires des accords, quant à la rupture du consensus général qui avait marqué pendant plus de quinze ans la mise en œuvre de ces dispositions des traités, et quant aux manquements de la Commission aux procédures censées régir l'examen des accords et par là même à son obligation de promouvoir le dialogue social européen.

En janvier 2018, la Commission a invité expressément les signataires des deux accords des secteurs de la coiffure et des administrations centrales à *retirer leurs demandes* de mise en œuvre législative de ces accords, et à opter pour une mise en œuvre *inter partes* assortie d'un soutien financier du budget européen (14). Une telle initiative suggère que ce n'est pas tant le contenu de ces accords qui posait problème à la Commission, que le fait que les partenaires sociaux en demandent la mise en œuvre *erga omnes*, comme le Traité leur en donne pourtant expressément

la possibilité. Mais c'est là évidemment une initiative tout à fait inattendue et inédite dans le dialogue social européen, l'interprétation constante en la matière (non seulement des partenaires sociaux, mais de la Commission elle-même) étant que le choix de mettre en œuvre un accord par la voie *erga omnes* ou par la voie *inter partes* relève intégralement de l'autonomie des partenaires sociaux, qui est garantie par l'article 152 TFUE, et ne peut donc donner lieu à une telle interférence de la Commission. Il est possible, et même probable, que cette initiative de la Commission était une tentative pour sortir de l'impasse dans laquelle se trouvaient toujours ces accords sectoriels en dépit des avancées résultant des efforts de la relance du dialogue social européen. Mais cette tentative a échoué, du moins pour l'un des accords : alors que les partenaires sociaux du secteur de la coiffure ont accepté d'explorer avec la Commission ce que pourrait être un plan d'action qui assurerait la mise en œuvre de leur accord, les signataires de l'accord dans le secteur des administrations centrales ont refusé de retirer la demande de mise en œuvre *erga omnes* de leur accord ; et à la suite de cette réponse la Commission a pris la décision formelle de refus de cette demande, ce qui a conduit au recours devant la Cour de Justice indiqué plus haut.

Il y a donc eu une exacerbation des tensions, et une détérioration sérieuse des relations entre la Commission et les signataires des accords. Cela est à la mesure de la réinterprétation des dispositions des traités par la Commission, qui est substantielle et qui pose de réelles questions juridiques et politiques. Certes, la Commission n'est pas une simple « boîte aux lettres » par laquelle ne feraient que transiter les demandes de mise en œuvre législative des accords des partenaires sociaux européens. Mais dispose-t-elle pour autant d'un pouvoir proprement discrétionnaire quant à l'interprétation, la réinterprétation et la mise en œuvre des dispositions des traités relatives au dialogue social européen ? La Commission étant tenue de promouvoir le dialogue social européen, peut-elle délibérément restreindre ou décourager *de facto* l'utilisation par les partenaires sociaux de certaines des dispositions du Traité relatives au dialogue social européen ? Qu'est-ce que la promotion du dialogue social européen et le respect de l'autonomie des partenaires sociaux si la Commission peut sélectionner à son gré et sans explication les produits du dialogue social qu'elle veut bien promouvoir — et délaisser, rejeter et caricaturer sans état d'âme ceux qui ne lui plaisent pas ? La Commission peut-elle inviter expressément les partenaires sociaux à considérer une négociation dans le cadre des articles 154 et 155 TFUE à l'occasion d'une procédure de consultation formelle et refuser ensuite la mise en œuvre de leur accord au motif de son aversion du moment pour une législation en ce domaine ? La Commission peut-elle délaisser pendant de nombreux mois voire des années une demande de mise en œuvre *erga omnes* d'un accord sans en faire l'instruction conformément aux procédures qu'elle a établies et annoncées, et ce sans même avoir à s'en expliquer ? La Commission peut-elle prétendre promouvoir le dialogue social européen quand elle cesse délibérément de communiquer avec les signataires des accords quant aux progrès réels de l'examen de ces accords ? Peut-elle comme elle l'a fait, et contrairement à ce qu'elle avait dit ne pas pouvoir faire, demander aux partenaires sociaux de renoncer à la mise en œuvre *erga omnes* d'un accord, et d'opter au contraire pour une mise en œuvre *inter partes*, si cette mise en œuvre *erga omnes* est celle qu'ils ont négociée et agréée dans cet accord, comme le Traité le leur permet ? Et à supposer qu'une telle demande soit possible,

la Commission peut-elle y inclure ce qui ressemble à une forme d'incitation financière utilisant le budget européen? Telles sont les nombreuses questions que soulève la réinterprétation des dispositions relatives aux accords autant que les développements concrets que l'on a pu observer ces dernières années dans les relations de la Commission avec les signataires de ces accords. Ces questions sont d'autant plus sensibles aujourd'hui que la Commission Juncker a proposé de relancer le dialogue social européen et la politique sociale européenne, et qu'elle a pris une série d'initiatives concrètes en ce sens, que les partenaires sociaux européens ont saluées et soutenues activement, notamment du côté syndical. Son bilan à cet égard est remarquable et incontestablement meilleur que celui de la Commission qui l'a précédé. Mais la persistance des tensions sur la mise en œuvre des accords, tout au long de son mandat, le message de défiance que délivre la partie du paquet *Better Regulation* qui est consacrée aux partenaires sociaux, et l'existence même d'un recours d'une organisation syndicale devant la Cour de Justice de l'Union européenne ternissent inévitablement ce bilan.

Ces développements soulignent l'ampleur des différends qui opposent désormais, sur l'interprétation de ces dispositions du Traité, la Commission et les partenaires sociaux, et principalement les syndicats. Certes, ces différends impliquent d'abord des organisations du dialogue social sectoriel, et même seulement quelques-unes d'entre elles, notamment les organisations sectorielles syndicales : les organisations interprofessionnelles n'en ont pas fait un *casus belli* qui annulerait les efforts de relance du dialogue social développés par la Commission Juncker, ou qui mettrait en cause leur soutien à son initiative de proclamation d'un « Soce européen de droits sociaux », initiative sur laquelle ils fondent l'espoir d'une relance de l'« Europe sociale » (15). Il est vrai que, pour beaucoup d'observateurs et d'experts académiques, le dialogue social interprofessionnel est aujourd'hui très affaibli et n'a plus de dynamisme législatif : le dernier accord interprofessionnel mis en œuvre par voie législative est l'accord sur le congé parental de 2009, qui était d'ailleurs un accord visant à réviser et actualiser une directive de mise en œuvre d'un accord antérieur (1994) sur le même sujet (16). Et à l'exception des organisations sectorielles d'employeurs directement concernées par les accords en cours d'examen, les organisations d'employeurs ne se sont nullement mobilisées sur la réinterprétation des dispositions des traités par la Commission : car l'implication des employeurs dans la négociation collective européenne dépend d'abord et avant tout du dynamisme de la Commission quant au développement de la législation sociale de l'Union, et le niveau bien faible des ambitions de la Commission en la matière, depuis plusieurs années, ne les encourage évidemment pas à s'engager dans la négociation d'accords qui seraient mis en œuvre par voie législative. Mais un malaise existe au-delà des organisations du dialogue social sectoriel, car les enjeux de ces différends autour de l'article 155 TFUE concernent l'ensemble du dialogue social européen.

En premier lieu, parce que les dispositions du Traité qui sont au centre des controverses ne font pas de distinction entre dialogue social interprofessionnel et dialogue social sectoriel : elles s'appliquent de la même façon aux organisations interprofessionnelles et aux organisations sectorielles, et ce depuis leur introduction dans les traités ; et la réinterprétation de ces dispositions par la Commission à travers *Better Regulation* n'a pas fait davantage de distinction sur

ce point : même si elle a sans doute été conçue d'abord pour enrayer le dynamisme législatif du dialogue social sectoriel, elle institutionnalise la suspicion à l'égard de l'ensemble des partenaires sociaux, et elle décourage l'ensemble de la négociation collective au niveau européen.

En deuxième lieu, parce que la réinterprétation des dispositions des traités touche à des éléments-clés de l'interaction entre les acteurs concernés, voire de leur identité même au sein du dialogue social européen. De l'Accord sur la Politique sociale annexé au Traité de Maastricht en 1992 jusqu'au Traité de Lisbonne en 2007, les articles des traités exprimaient la *confiance* des institutions européennes, et notamment de la Commission, en la légitimité, la responsabilité et la capacité des partenaires sociaux à contribuer à l'intégration européenne en combinant justice et efficacité dans la modernisation du marché du travail et des conditions de travail, et plus largement à contribuer à forger la dimension sociale de l'Union. Et ce message de confiance de la Commission trouvait un écho dans un message de confiance des partenaires sociaux à l'égard du processus d'intégration européenne en général, et à l'égard de la Commission en particulier, précisément parce qu'elle assurait que cette intégration européenne pourrait associer dimension économique et dimension sociale. Ce n'était évidemment pas une confiance aveugle, ni de la part de la Commission, ni de la part des partenaires sociaux : chacune des parties en présence était consciente des possibles divergences d'intérêts et de visions entre organisations d'employeurs, organisations syndicales, et institutions européennes. Mais il y avait une confiance partagée de l'ensemble des acteurs dans la capacité du dialogue social européen à contribuer à la recherche de solutions équilibrées et réalistes aux problèmes communs aux uns et aux autres, et à trouver ces solutions dans le cadre de l'intégration européenne.

Mais la réinterprétation des dispositions du Traité par la Commission au cours des dernières années délivre un message totalement opposé à celui-là. D'abord, la Commission a procédé de façon unilatérale, ce qui, s'agissant de dispositions directement issues d'un accord historique des partenaires sociaux européens, souligne combien la Commission et sa haute administration se sont éloignées desdits partenaires sociaux européens, au point de ne pas même juger nécessaire de les impliquer dans cette réinterprétation, comme si la genèse singulière de ces dispositions des traités n'avait aucune importance et pouvait (ou peut-être devait) être ignorée voire déniée : cet éloignement, qui est d'abord de nature idéologique, mais qui traduit aussi la perte de mémoire historique de l'institution, voire le déni de son utilité, a joué un rôle important dans cette réinterprétation, qui n'apparaît pas avoir été conduite en référence à l'obligation de promouvoir le dialogue social européen. En outre, cette réinterprétation formalise, dans les procédures et les pratiques administratives relatives aux accords européens, ce qui apparaît désormais comme une profonde *défiance* de la Commission à l'égard des partenaires sociaux, lesquels sont suspectés implicitement, voire accusés explicitement (surtout quand il s'agit des partenaires sociaux sectoriels), de faire ce que la Commission considère comme un mauvais usage des dispositions des traités relatives au dialogue social - peut-être pas suspectés ou accusés de conclure des accords « déraisonnables », mais certainement d'en demander « inconsidérément » la mise en œuvre législative.

Surtout, les partenaires sociaux sont suspectés ou accusés de n'avoir pas compris, ou de n'avoir pas accepté, que le temps ne serait plus à l'utilisation de l'instrument législatif au niveau européen, même ou surtout en matière sociale, et qu'il faut désormais laisser l'Union s'occuper des « *grandes choses* », sans l'encombrer avec les « *petites choses* » que sont donc, pour la Commission, celles dont traitent ces accords – en l'occurrence, la santé et la sécurité des travailleurs et travailleuses dans le secteur de la coiffure ou les droits des salariés des administrations centrales en matière d'information et de consultation. Au-delà des passions et des excès de langage qui ont empoisonné l'atmosphère des discussions autour de l'accord dans le secteur de la coiffure (où l'abus répété des caricatures a été perçu comme une expression du mépris et de l'arrogance de la Commission à l'égard des travailleurs et travailleuses de ce secteur) cet « argument » des grandes et petites choses a heurté profondément les partenaires sociaux concernés, et plus encore les syndicats : il a évidemment semé le doute sur la réalité de l'engagement de la Commission en faveur du dialogue social et, au-delà, en faveur de la promotion effective des droits sociaux dans l'Union. C'est un doute à l'égard des membres de la Commission, mais aussi à l'égard de ceux de ses services qui ont mis un zèle particulier à réinterpréter les dispositions sociales issues des Commissions du passé.

En rupture à cet égard avec les Commissions Barroso, la Commission Juncker a assurément marqué sa volonté de promouvoir le dialogue social européen et la dimension sociale de l'intégration européenne, et elle a pu rétablir des relations de coopération avec les organisations de partenaires sociaux européens et, en particulier, avec la Confédération européenne des syndicats. Mais paradoxalement, et même si l'intention des dernières initiatives mentionnées ci-dessus était de mettre un terme à l'enlisement des accords des secteurs de la coiffure et des administrations centrales, cette Commission est aussi celle qui aura posé l'acte le plus agressif à l'égard d'un accord des partenaires sociaux européens, et ce sans doute parce que, sur ce point particulier de la mise en œuvre législative de ces accords, elle n'a nullement rompu avec la logique de défiance et d'hostilité développée sous la Commission Barroso 2, et elle l'a au contraire poursuivie. Il n'est guère douteux que, du côté de la Commission, cette logique de défiance et d'hostilité est déniée : au sein de la Commission, ceux qui s'occupent du dialogue social européen et de la politique sociale européenne sont certainement convaincus que la Commission Juncker est la Commission la plus « sociale » des dernières années et il y a évidemment de bons arguments pour appuyer cette conviction. Mais du côté des partenaires sociaux sectoriels concernés, il y a beaucoup de ressentiment à l'égard de la vision de la Commission selon laquelle, d'une part, les accords des partenaires sociaux ne concernent que de petites choses et, d'autre part, il ne faut plus développer la législation sociale européenne. Ce sont ces doutes et ce climat de défiance et d'hostilité qui ont créé les conditions du recours devant la Cour de Justice évoqué plus haut.

Cette étude rassemble et présente les informations factuelles qui éclairent ces controverses ainsi que les défis et les débats qui ont été soulevés dans ce contexte. Elle apporte notamment une information sur le contexte historique des controverses relatives à l'article 155-2 TFUE qui se sont développées ces dernières années.

Cette étude n'a pas pour objet de développer ou discuter les arguments et notamment les arguments juridiques avancés par les parties dans le cadre de l'Affaire T310/18 portée devant la Cour de Justice européenne (l'auteur n'est pas un juriste et les lecteurs intéressés peuvent trouver une bonne vue d'ensemble des positions des experts en la matière dans Dorssemont *et al.*, 2018).

À cet effet, elle aborde successivement les points suivants :

- les origines de ces dispositions des traités et de leur formulation ;
- les modalités de mise en œuvre que la Commission a arrêtées initialement et qui ont prévalu jusqu'à récemment, et les leçons de l'expérience en la matière ;
- les principaux aspects de la réinterprétation par la Commission de ces dispositions et modalités de mise en œuvre, et les enjeux de cette réinterprétation.

1. Consultation et négociation des partenaires sociaux européens : les origines des dispositions des traités

1.1 Le contexte

Le dialogue social européen est né dans le contexte de la relance de la construction européenne portée par les Commissions Delors (1985-1995). Cette relance passait par l'impulsion décisive donnée à la réalisation du marché intérieur, puis par la préparation de l'Union économique et monétaire, deux processus de transformation majeure et durable des économies et des sociétés des États membres, et de la nature politique de la construction européenne, qui avaient leurs partisans mais aussi leurs adversaires. Elle supposait donc le rassemblement le plus large possible des forces politiques, économiques, et sociales pro-européennes. L'effort continu des Commissions Delors en vue d'une association des partenaires sociaux aux avancées de l'intégration européenne fait partie de cette stratégie de rassemblement, qui visait à appuyer une dynamique de transformation essentiellement économique, mais qui offrait à cet effet la perspective d'une « dimension sociale » à construire (17). Dès sa nomination, le Président Delors avait invité les syndicats et les organisations d'employeurs à participer activement à cette dynamique d'intégration européenne, initiant ainsi ce que l'on a appelé le « dialogue social Val Duchesse », qui jetait les bases de ce qui allait devenir, dans les années suivantes, le dialogue social européen.

Des avancées vers cette dimension sociale avaient été faites à l'occasion de la négociation de l'Acte unique européen (articles 118 A et B du Traité, 1986), puis de l'adoption de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (1989), et du Programme d'action de la Commission en vue de la mise en œuvre de la Charte (1989). Mais il y avait un large consensus entre la Commission et les États membres, à l'exception du Royaume-Uni, sur la nécessité d'aller plus loin, et d'utiliser la préparation du Traité de Maastricht pour donner un nouveau cadre légal et un nouvel élan au développement de la législation sociale et de la politique sociale européennes.

L'expérience ayant montré les limites de la règle de l'unanimité au Conseil, et des bases légales que le Traité donnait à la politique sociale européenne, il s'agissait notamment de développer les articles 118 A et 118 B issus de l'Acte unique européen. À cet égard, une question-clé était celle du rôle que pourraient jouer les partenaires sociaux dans l'élaboration et la mise en œuvre de cette politique sociale. L'article 118 B de l'Acte Unique disposait que « la Commission s'efforce de promouvoir le dialogue entre les partenaires sociaux au niveau européen, pouvant déboucher, si ces derniers l'estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles ». Mais le Traité ne spécifiait pas ce que pouvaient produire ces

relations conventionnelles, c'est-à-dire des *accords* ; en pratique, le dialogue entre les partenaires sociaux européens les conduisait à formuler seulement des « avis communs », mais la portée de ces avis était très limitée. Or, pour de nombreux acteurs d'alors, le Président Delors mais aussi les ministres de plusieurs États membres et les partenaires sociaux, une question incontournable était celle du statut que pourraient éventuellement avoir, dans le contexte de l'achèvement du Marché intérieur, des conventions collectives négociées au niveau européen.

1.2 La CIG et l'Accord du 31 octobre 1991

En s'appuyant sur les documents discutés dans le cadre de la CIG, sur les travaux d'experts ainsi que sur les témoignages des acteurs de ces discussions (18), on peut résumer comme suit le processus qui a conduit aux formulations qui ont finalement été retenues dans le Traité.

Il y a eu deux lieux de délibération sur les dispositions en matière de dialogue social : d'une part, la CIG comme telle, qui a notamment discuté des propositions de certaines délégations dans la première partie de l'année 1991, et d'autre part, un groupe *ad hoc* constitué des partenaires sociaux aidés des services de la Commission (la DG V de l'époque, en charge de l'emploi et des affaires sociales). C'est ce groupe *ad hoc* qui a finalement établi les formulations qui seront approuvées par la CIG et qui formeront les dispositions du Traité relatives au dialogue social européen, qui sont pour l'essentiel toujours en vigueur.

Dans ce processus de délibération, le débat ne portait pas sur l'opportunité de *consulte* les partenaires sociaux en amont des initiatives communautaires, car ce point faisait l'objet d'un large consensus entre les États membres, et les partenaires sociaux avaient déjà engagé la production d'avis communs sur divers sujets liés à la politique sociale. Il portait essentiellement sur ce que pouvait être un espace de *négociation collective au niveau européen* et donc, concrètement, sur la perspective de négociations pouvant conduire à la conclusion d'accords entre partenaires sociaux au niveau européen, et sur la valeur légale que pourraient ou devraient avoir de tels accords, donc sur les dispositions qui garantiraient leur application. Il faut souligner ici qu'à l'exception du Royaume-Uni, tous les États membres de la Communauté d'alors disposaient, sous des formes diverses, de mécanismes d'extension de l'application des accords résultant de la négociation collective, ou, dans le cas du Danemark, reconnaissaient *de facto* l'application générale de ces accords (19).

Au sein de la CIG, la contribution de la Belgique, en janvier 1991, propose une forme de parlementarisme professionnel, avec la création d'un Comité européen du travail qui serait un organe paritaire habilité à conduire des négociations et dont les accords seraient formalisés pour avoir force de loi (il existe en Belgique un Conseil national du travail, qui joue un rôle clé dans la négociation collective). La contribution de la Commission, en mars 1991 (20), avance la notion de « double subsidiarité » pour appeler à la création d'un espace de relations conventionnelles au niveau européen : là où une régulation est jugée nécessaire, cette régulation doit pouvoir être élaborée à travers un processus législatif ou, alternativement, à

travers un processus conventionnel, lequel implique précisément les parties qui sont concernées et peut donc produire un compromis positif entre ces parties. La Commission invite donc la CIG à organiser la consultation des partenaires sociaux à travers une « institution » à définir et à envisager un mécanisme qui permettrait de rendre obligatoire l'application des accords qui seraient conclus.

Au sein du groupe *ad hoc* des partenaires sociaux, la réflexion porte à la fois sur la notion d'accord-cadre, par lequel les partenaires sociaux définiraient des normes minimales, et sur un « mécanisme d'homologation » de ces accords, ou une juridiction spécialisée, qui garantirait leur effet *erga omnes*.

Les discussions au sein de la CIG écartent l'idée de la création d'une institution ou d'une juridiction spécialisée qui permettrait de donner une valeur légale aux accords. Elles retiennent plutôt l'idée d'un mécanisme d'extension au niveau communautaire par un instrument législatif qui impliquerait le Conseil, ce qui est proche de ce qui existe dans beaucoup d'États membres d'alors. Mais il est convenu, à la demande de la Commission, que la CIG attendra les propositions du groupe *ad hoc* des partenaires sociaux pour conclure la discussion sur les dispositions relatives au dialogue social européen.

Au terme d'un processus de négociation complexe et incertain jusqu'au dernier moment, les partenaires sociaux concluent un accord le 31 octobre 1991. C'est un texte qui reprend plusieurs éléments des discussions au sein de la CIG, mais qui les articule selon le mécanisme de « double consultation », qui établit un lien entre procédure de consultation et procédure de négociation : les partenaires sociaux sont d'abord consultés par la Commission sur l'orientation possible d'une initiative, et ensuite sur le contenu de cette initiative, et c'est à l'occasion de la seconde consultation, qui porte sur le contenu, qu'ils peuvent initier un processus de négociation s'ils le souhaitent. Quant au mécanisme permettant de donner une valeur légale *erga omnes* à un accord, le texte des partenaires sociaux retient une « décision » du Conseil, au sens générique du terme, sans spécifier la nature de l'instrument juridique en cause, mais en signifiant ainsi que l'intervention du Conseil se borne à approuver ou non l'extension *erga omnes* de l'application de l'accord tel qu'il a été conclu et donc sans pouvoir l'amender. En d'autres termes, l'enjeu politique de la décision du Conseil est d'homologuer ou non l'accord pour lui donner un effet contraignant *erga omnes*, et la mise en forme de cette décision par un instrument juridique n'est qu'un moyen d'assurer cette homologation/extension (le choix de l'instrument juridique approprié étant laissé à la Commission) : ce que le Conseil décide, sur proposition de la Commission, c'est de valider ou non l'application générale et contraignante de l'accord, et la forme juridique donnée à cette décision du Conseil n'est qu'un moyen d'obtenir cet effet (21).

Le texte des partenaires sociaux inclut aussi la possibilité d'une mise en œuvre des accords « selon les principes et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres ». Cette modalité de mise en œuvre vient de discussions au sein de la CIG, initiées par le Danemark, qui concernent d'abord la mise en œuvre des directives relatives aux conditions de travail : en raison du rôle-clé joué par ses partenaires sociaux dans la régulation de son marché du travail

(avec, à cette époque un modèle danois de relations industrielles qui reconnaît de fait l'applicabilité générale des accords collectifs (22)), le Danemark a souhaité pouvoir confier aux partenaires sociaux la responsabilité de mettre en œuvre en tout ou partie les directives sociales européennes « conformément aux pratiques nationales ». La CIG a donc accepté d'inclure un paragraphe sur ce point dans l'article qui deviendra l'article 2 de l'Accord sur la politique sociale (actuellement article 153.3 TFUE). Quand le groupe *ad hoc* des partenaires sociaux a conclu ses discussions sur les modalités de mise en œuvre des accords des partenaires sociaux européens, les partenaires sociaux danois ont fait référence au consensus acquis au sein de la CIG sur cette clause particulière pour demander que les accords européens entre partenaires sociaux puissent aussi être mis en œuvre par les partenaires sociaux eux-mêmes, « selon les procédures et pratiques nationales », et donc sans passer par une législation européenne. Le texte des partenaires sociaux reprend donc cette modalité de mise en œuvre propre au modèle danois, bien qu'elle n'ait pas été considérée par eux, dans leurs délibérations, comme une réelle alternative à ce qui est alors au cœur de leurs préoccupations en tant que partenaires sociaux européens, à savoir les conditions d'une homologation de leurs accords garantissant leur portée *erga omnes* (23).

S'agissant de la mise en œuvre législative des accords entre partenaires sociaux, l'histoire de l'élaboration des dispositions du Traité conduit à souligner que même si en pratique la « décision » du Conseil prendra ultérieurement la forme de l'approbation d'une directive, le processus de production de cette directive est fondamentalement différent de celui défini par les procédures législatives ordinaires : il n'implique pas le Parlement européen, et il ne permet pas au Conseil d'amender le texte des accords ; conformément à la logique de double subsidiarité avancée par la Commission, il s'agit d'une « décision d'homologation et d'extension » d'un accord plutôt que d'une législation ordinaire.

La CIG reprendra presque intégralement les propositions des partenaires sociaux (24). Lors de la négociation finale au sein du Conseil en vue de l'approbation du Traité, les dispositions sociales ne recevront pas l'accord du Royaume-Uni, engagé depuis plusieurs années dans une stratégie de dérégulation sociale au plan national, et opposé à toute extension de la politique sociale européenne (25). Elles seront donc déplacées dans l'Accord sur la politique sociale annexé au Traité, dont les dispositions s'appliquaient aux onze autres États membres.

2. Les modalités de mise en œuvre des dispositions relatives à la consultation et la négociation

Les dispositions de l'Accord du 31 octobre étant incorporées dans l'Accord sur la politique sociale annexé au Traité de Maastricht, il fallait en spécifier les modalités de mise en œuvre, ce qui impliquait aussi d'en interpréter toute la logique et toute la portée. C'était une préoccupation des partenaires sociaux, qui se considéraient comme co-auteurs du texte, et c'était une préoccupation de la Commission, qui entendait clarifier les règles avant l'entrée en vigueur du Traité. Et les préoccupations des uns et des autres étaient d'autant plus vives que le contexte était celui ouvert par le Programme d'action de la Commission pour la mise en œuvre de la Charte, qui contenait 18 propositions de nature législative, dont 7 concernaient les conditions de travail (26). Pour la Commission, il s'agissait de mettre en œuvre ce programme législatif en surmontant les oppositions qu'il rencontrait, notamment de la part du Royaume-Uni (qui ne s'était pas associé à la Charte, ni à l'Accord sur la politique sociale). Pour les syndicats, il s'agissait d'avancer sur la législation sociale pour donner un contenu effectif à la notion d'Europe sociale. Pour les employeurs, qui étaient très réservés quant à la législation sociale européenne, il s'agissait surtout d'en limiter les effets, et ce, entre autres, en substituant la voie de la négociation collective à celle de la législation quand le résultat qu'ils pensaient pouvoir en obtenir leur apparaissait plus favorable.

Mais dans cette période d'invention du dialogue social européen, les intérêts des partenaires sociaux et de la Commission convergent sur bien des points, et les réflexions et initiatives des partenaires sociaux et celles des services de la Commission sont en interaction constante. La structuration même du dialogue social européen permet cette interaction : au plus haut niveau politique, il y a les « Sommets du Dialogue social », dans lesquels le Président Delors rencontre les dirigeants nationaux et européens des organisations d'employeurs et des organisations syndicales ; en outre, chaque organisation européenne renforce son équipe de « secrétariat européen » à Bruxelles, afin d'assurer une liaison continue entre les organisations et avec la Commission ; et peu après l'Accord du 31 octobre 1991, un « Comité du Dialogue social » est créé, début 1992, avec les organisations interprofessionnelles, pour assurer cette interaction non plus au niveau des seuls secrétariats mais aussi au niveau des organisations nationales ou sectorielles affiliées, qui se rencontrent ainsi périodiquement dans des réunions présidées par la Commission.

La convergence des intérêts se manifeste dans la phase initiale, où il s'agit de définir les modalités de mise en œuvre des dispositions du Traité, mais elle se manifeste aussi dans la mise en œuvre effective de ces dispositions du Traité, et d'abord dans le cadre de la première négociation, celle sur le congé parental, qui

représentait un test « grandeur nature » de la pertinence des modalités adoptées puisqu'il s'agissait d'un dossier ancien, bloqué depuis 1983 au Conseil par un veto britannique.

2.1 Les propositions des partenaires sociaux européens

Les partenaires sociaux ont présenté une « Déclaration conjointe sur l'avenir du dialogue social » à l'occasion du Sommet du Dialogue social du 3 juillet 1992. Ensuite, dans le cadre de leur « Comité de Dialogue social » (CDS), institué début 1992, ils ont présenté conjointement des « Propositions des partenaires sociaux relatives à la mise en œuvre de l'Accord annexé au Protocole sur la politique sociale du TUE » (CDS du 29 octobre 1993).

Leur objectif était d'abord de conforter le principe de la création d'un espace de relations conventionnelles au niveau européen, dont les résultats, c'est-à-dire les accords, recevraient l'homologation/extension qui garantirait leur application *erga omnes*. D'où leurs propositions sur les critères permettant d'établir la représentativité des organisations de partenaires sociaux, la clarification que les nouvelles dispositions du dialogue social européen valent pour les organisations interprofessionnelles, mais aussi les organisations sectorielles, et bien entendu leur insistance sur la nécessité d'un respect absolu, par les institutions, du texte des accords « tels qu'ils ont été conclus ». En outre, au sein des partenaires sociaux, les syndicats étaient soucieux d'éviter que les employeurs puissent éventuellement utiliser les consultations et négociations dans le seul but de retarder ou paralyser l'action législative de la Commission : d'où l'acceptation d'une durée courte du processus de consultation, et l'idée que l'initiation d'une négociation « suspend » temporairement l'action législative de la Commission, mais ne la met pas en cause.

2.2 La Communication de 1993

Le 14 décembre 1993, la Commission a présenté une Communication concernant la mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale (COM(93) 600 final). Cette communication ne se limite pas à la description des étapes successives des procédures : elle commence par un rappel du principe de « double subsidiarité » qui avait été présenté dans les propositions initiales de la Commission pour la CIG, et elle souligne la logique politique des nouvelles dispositions en matière de politique sociale, à savoir l'ouverture d'un espace de relations conventionnelles au niveau européen en vue d'une régulation appropriée de la dimension sociale de l'intégration européenne. Elle souligne ainsi que le processus législatif et le processus conventionnel sont distincts, même s'ils débouchent tous deux, *in fine*, sur un acte législatif du Conseil. Et elle relève le rôle dynamique que doit jouer la Commission afin de promouvoir le dialogue social comme elle en a l'obligation (points 11 et 12 de la Communication).

La Communication de 1993 confirme que, si la Commission a l'initiative lorsqu'il s'agit d'engager les consultations sur une possible action communautaire, ce

sont les partenaires sociaux qui ont l'initiative lorsqu'il s'agit pour eux d'engager ou non une négociation à l'occasion de la deuxième phase de consultation, négociation qui, si elle est engagée, ouvre un processus conventionnel qui suspend temporairement le processus législatif en cours au sein de la Commission pour la durée de la négociation.

Sur bien des points de procédure, la Communication de 1993 fait écho aux propositions des partenaires sociaux évoquées plus haut. Elle fixe ainsi les critères qu'elle appliquera pour apprécier la représentativité des organisations, et elle définit aussi la durée maximale des phases de consultation. Elle précise que les dispositions relatives aux négociations peuvent être utilisées dans le cadre du dialogue social sectoriel autant que dans le dialogue social interprofessionnel (27). De façon générale, elle propose des modalités flexibles de consultation, qui pourront être revues à la lumière de l'expérience.

La Communication reconnaît clairement ce qu'elle appelle l'indépendance des partenaires sociaux (et que le Traité de Lisbonne a reconnu dans son article 152 comme leur autonomie) : elle précise ainsi, dans son point 31, que, « dans leurs négociations indépendantes, les partenaires sociaux ne sont pas tenus de se limiter au contenu de la proposition en cours de préparation au sein de la Commission, ou de seulement l'amender ».

Étant donné que l'innovation majeure qu'apportent les dispositions de l'Accord sur la Politique sociale est la possibilité de rendre applicable *erga omnes* un accord des partenaires sociaux européens, un point essentiel de la Communication est la description des critères auxquels doit satisfaire un accord pour que la Commission propose au Conseil sa mise en œuvre législative. La Communication présente donc ces critères et par là même elle spécifie ce que doit être l'intervention de la Commission lorsque les partenaires sociaux concluent un accord et demandent sa mise en œuvre par la législation européenne (point 39 de la Communication). Elle précise que cette intervention doit consister en la vérification de la représentativité des organisations signataires (qui fonde la légitimité de l'accord), de la légalité des clauses de l'accord au regard des textes communautaires pertinents, et du respect de l'obligation de ne pas faire peser une charge excessive sur les petites et moyennes entreprises (obligation qui est mentionnée dans l'article 2 de l'Accord sur la politique sociale).

Dans le même point 39, immédiatement après avoir présenté les critères d'appréciation précités, la Communication indique que « si la Commission considère qu'elle ne doit pas proposer au Conseil la mise en œuvre de l'accord, elle doit informer immédiatement les partenaires sociaux signataires des raisons de sa décision ». La logique du texte est que cette possibilité de ne pas donner suite à la demande des partenaires sociaux ne peut résulter que de l'application des critères de représentativité, légalité et incidences sur les PME. En effet, en écho à la notion de double subsidiarité développée au début de la Communication, l'ensemble du texte souligne la primauté de l'approche conventionnelle et la nécessité de respecter le texte des accords conclus sans l'amender. Dès lors qu'en initiant la deuxième phase de consultation, la Commission s'est prononcée sur la pertinence d'une action communautaire dans une matière donnée, elle n'a plus à revenir sur cette question

si les partenaires sociaux parviennent à un accord. Le fait que le texte mentionne expressément l'obligation pour la Commission de donner *immédiatement* aux partenaires sociaux les *raisons* du refus de leur demande souligne que la Commission ne dispose pas en la matière d'un pouvoir discrétionnaire, précisément parce qu'elle est tenue de promouvoir le dialogue social et parce qu'elle s'est engagée à promouvoir l'idée de double subsidiarité : elle peut décider de ne pas proposer la mise en œuvre de l'accord, mais elle doit le faire sur la base des critères définis limitativement dans la Communication, et elle doit en expliciter les raisons aux signataires de cet accord. Le fait de donner aux signataires les raisons de la décision leur permet aussi de reconsidérer et corriger le cas échéant le contenu de leur accord, si c'est sa légalité qui est en cause, ou d'élargir la négociation à d'autres organisations (ou d'obtenir pour leur accord un soutien plus large), si c'est la représentativité qui est insuffisante : et si les partenaires sociaux répondent ainsi aux raisons qui leur ont été communiquées, ils peuvent soumettre à la Commission un accord révisé et celle-ci devra le considérer à nouveau.

2.3 La Communication de 1998

Cette lecture est confirmée par la nouvelle Communication que la Commission consacre au dialogue social en 1998 (COM(1998) 322 final du 20 mai 1998), en lien avec l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam qui, précisément, incorpore dans le texte du traité les dispositions de l'Accord sur la politique sociale, désormais accepté par le Royaume-Uni.

Cette Communication avait été précédée par une Communication de nature consultative, en 1996, par laquelle la Commission invitait les États membres et les partenaires sociaux à exprimer leurs vues sur les développements du dialogue social européen (COM(96) 448 final du 18 septembre 1996). À cette date, les dispositions de l'Accord sur la politique sociale avaient déjà permis la conclusion d'un accord, celui sur le congé parental (6 novembre 1995), et l'approbation par le Conseil de sa mise en œuvre par voie de directive (3 juin 1996), un résultat qui n'avait pu être atteint selon un calendrier aussi court que parce que tous les acteurs concernés avaient tenu à ce qu'un premier succès soit constaté dès l'ouverture de la CIG en charge de la préparation du Traité d'Amsterdam (28).

Comme la Communication de 1993, la Communication de 1998 ne se limite pas à des considérations de procédure. Elle souligne les ambitions que le Traité d'Amsterdam permet de donner à la politique sociale européenne, en lien notamment avec la coopération européenne dans le domaine de l'emploi instaurée par le Traité. Dans la perspective des développements à venir de l'Union économique et monétaire, elle donne un nouvel élan au dialogue social sectoriel et appelle à renforcer la concertation sociale au plus haut niveau européen. De façon générale, elle invite les partenaires sociaux à « mettre l'accent sur l'action conjointe et la négociation » (c'est le titre du point 5) : « La Commission estime que le développement des relations contractuelles (...) est un moyen très efficace pour encourager les engagements pertinents en matière de politique sociale. Elle espère que les partenaires sociaux continueront de développer leurs relations contractuelles tant au niveau interprofessionnel que sectoriel » (point 5.3).

En ce qui concerne les modalités de mise en œuvre des dispositions relatives à la consultation et aux négociations, la Communication de 1998 reprend pour l'essentiel les éléments décrits dans la Communication de 1993. Elle reprend notamment les critères d'appréciation sur la base desquels la Commission propose au Conseil la mise en œuvre contraignante d'un accord : représentativité des organisations signataires, légalité des clauses de l'accord et prise en considération des petites et moyennes entreprises. Mais elle apporte une clarification majeure en abordant pour la première fois la possibilité de négociations qui seraient engagées par les partenaires sociaux en dehors de la procédure de consultation, c'est-à-dire, formellement, à leur propre initiative. Et sur ce point, elle précise expressément que, dans le cas d'un accord qui serait ainsi conclu « en dehors de la procédure de consultation formelle », la Commission « a l'obligation d'examiner la pertinence d'une action communautaire en la matière » (point 5.4.2, encadré). Cela confirme a *contrario* l'interprétation selon laquelle, si la négociation est engagée dans le cadre d'une procédure de consultation, c'est-à-dire, conformément à l'article 138, dans le cadre de la deuxième consultation qui porte sur le contenu d'une initiative, la Commission s'est déjà prononcée sur la pertinence d'une action communautaire et elle n'a plus à y revenir une fois l'accord conclu. Il faut souligner que le critère d'examen qui est ainsi ajouté dans le cas d'un accord conclu en dehors de la consultation n'est pas un critère d'examen de l'accord en tant que tel, mais un examen de la pertinence d'une action communautaire *dans la matière couverte par l'accord* : il s'agit d'examiner si un problème ou une matière peut justifier une action communautaire et non d'examiner la réponse spécifique que donne à ce problème ou en cette matière l'accord conclu à l'initiative des partenaires sociaux. La Communication est à cet égard d'une grande cohérence : il s'agit d'appliquer aux accords conclus à l'initiative des partenaires sociaux l'examen de pertinence d'une action communautaire qui aurait été assuré par la procédure de première phase de consultation si celle-ci avait été initiée et menée à son terme, c'est-à-dire si la Commission avait consulté les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action communautaire et conclu ensuite que ladite action communautaire était souhaitable, ce qu'elle fait, dans la procédure de consultation, en lançant la deuxième phase de consultation qui porte alors sur le contenu de l'action envisagée ; ce n'est donc pas le contenu de l'accord qui doit être examiné selon ce critère mais de façon générale la pertinence d'une action communautaire en la matière (car examiner sous cet aspect le contenu de l'accord, c'est-à-dire examiner la réponse que les partenaires sociaux apportent à un problème reviendrait à porter atteinte à leur autonomie : le contenu de l'accord relève de l'analyse selon les critères de légalité et de prise en considération des contraintes sur les PME).

Il faut souligner ici que cette clarification aide à comprendre comment la Commission considérait, à cette date, la logique de son examen des demandes de mise en œuvre législative des accords de partenaires sociaux. Dans ses Communications de 1993, 1996 et 1998, la Commission n'a jamais dit qu'elle considérait qu'elle était tenue de présenter au Conseil une proposition de mise en œuvre législative d'un accord (28 bis). Mais elle n'a jamais dit non plus qu'elle considérait avoir toute discrétion pour décider de donner suite aux demandes des partenaires sociaux. En fait, ces Communications décrivent les critères qui doivent être utilisés dans l'examen de ces demandes, et elles utilisent des formulations très précautionneuses et mesurées lorsqu'elles évoquent la possibilité pour la

Commission de ne pas présenter une proposition législative : si la Commission avait considéré ici qu'elle avait toute discrétion en toute circonstance, elle n'aurait pas jugé nécessaire d'être aussi précise quant aux critères d'examen des accords conclus en dehors du processus de consultation, et de s'engager à expliquer aux partenaires sociaux les raisons de sa décision. La très prudente référence à la possibilité, pour la Commission, de ne pas donner suite aux demandes des partenaires sociaux suggère que la Commission considère que lorsqu'elle examine ces demandes, elle exerce son droit d'initiative en ayant à respecter pleinement son obligation de promouvoir le dialogue social. Cela est cohérent avec les messages de la Commission sur la double subsidiarité.

Cette précision qu'apporte la Communication de 1998 souligne aussi l'objet propre de la première phase de consultation, qui est de proposer l'orientation possible d'une action européenne en vue de discuter la pertinence de cette action dans une matière donnée. Il faut souligner ici que les consultations des partenaires sociaux ne sont pas des consultations techniques ou informelles engagées par les services de la Commission, mais des actes formels définis dans des articles du Traité, et elles sont donc lancées sur la base d'un texte approuvé par le Collège, et rendu public. Le lancement de la deuxième phase de consultation par le Collège implique que celui-ci est dûment informé qu'il ouvre ainsi aux partenaires sociaux la possibilité d'engager des négociations qui suspendent le processus législatif communautaire et peuvent conduire à une demande de mise en œuvre contraignante d'un accord.

Les accords conclus à la suite de négociations ouvertes dans le cadre de la procédure de consultation doivent donc être examinés sur la base des trois critères précités. Cela est également confirmé par le texte d'une autre Communication, adoptée en 2002 (COM(2002) 341 du 26 juin 2002), qui précise en son paragraphe 2.4.2 que « la présentation par la Commission d'une proposition de décision du Conseil, dans les matières relevant de l'article 137, intervient sur demande conjointe des parties signataires et après examen par la Commission des aspects suivants : caractère suffisamment représentatif des parties contractantes, légalité de chaque clause de l'accord au regard du droit communautaire et respect des dispositions concernant les petites et moyennes entreprises ». La Commission énonce ainsi de façon précise, et limitative, les conditions qui doivent être remplies pour qu'un accord puisse faire l'objet d'une proposition de mise en œuvre législative, conditions qui concernent les signataires (représentativité suffisante) et le contenu de l'accord (légalité et dispositions relatives aux PME). Il faut souligner que d'une Communication à l'autre, la formulation de ces critères ne varie pas (29), et cette constance démontre s'il en était besoin le consensus qui existe au sein de la Commission, sur l'interprétation des dispositions des traités.

Il faut souligner d'ailleurs que toutes les directives adoptées au titre des articles 139 TCE puis 154 TFUE, même les plus récentes (par exemple la directive 2018/131 du 23 janvier 2018), comportent un considérant qui rappelle explicitement ces critères d'appréciation et qui citent généralement la Communication de 1998 (« la Commission a élaboré sa proposition de directive conformément à sa Communication du 20 mai 1998... en tenant compte de la représentativité des parties signataires et de la légalité de chaque clause de l'accord ») (30). Cela montre qu'aux yeux du Conseil comme à ceux de la Commission, cette Communication

est considérée comme étant toujours le texte de référence pour la définition des critères d'appréciation des accords des partenaires sociaux et des modalités de mise en œuvre de ces dispositions du Traité.

Il convient de noter aussi à cet égard que, si les propositions de mise en œuvre législative des accords présentées par la Commission comportent, dans leur exposé des motifs, des développements relatifs aux principes de subsidiarité et de proportionnalité, ceux-ci ne sont pas des critères d'appréciation des accords en tant que tels, mais des critères de justification d'une action communautaire dans le domaine concerné : quand les accords font suite à une négociation engagée dans le cadre d'un processus de consultation, ces critères sont d'abord analysés et discutés par la Commission dans ses documents de consultation, en amont des négociations, et sont ensuite repris comme tels dans l'exposé des motifs des propositions législatives présentées, avec les accords, en aval de ces négociations ; et on l'a vu, si un accord est conclu en dehors du processus de consultation, ces critères de justification de l'action communautaire en la matière doivent faire l'objet d'un examen spécifique, mais ils ne sont pas des critères d'appréciation du contenu des accords en tant que tels (31).

2.4 Un très large consensus sur l'esprit des dispositions du Traité

Les Communications précitées ne visent pas seulement à fixer des procédures. Elles délivrent aussi un message constant de la Commission quant à l'esprit même des dispositions du Traité : il s'agit de développer les relations conventionnelles au niveau européen et d'encourager les partenaires sociaux européens à utiliser activement ces dispositions et à consolider le dialogue social européen par des actions conjointes ainsi que par la négociation. La Communication de la Commission de 2004 (COM(2004) 557 du 12 août 2004) le formule à nouveau en parlant du dialogue social comme « forme d'une meilleure gouvernance », qui illustre la « subsidiarité en pratique », et en soulignant que les partenaires sociaux sont « proches des réalités du lieu de travail » et que, pour la Commission, « les négociations sont le moyen le plus approprié pour régler les questions relatives à l'organisation du travail à la fois au niveau interprofessionnel et au niveau sectoriel » (32). Cette Communication de 2004 mérite d'autant plus d'attention qu'elle indique clairement quelle est l'approche de la Commission en cette année qui est l'année de préparation du projet de Traité constitutionnel, lequel contiendra les dispositions qui seront reprises dans le Traité de Lisbonne et qui élargiront les modalités de négociation ouvertes aux partenaires sociaux européens.

La Communication de 2004 rappelle aussi que les partenaires sociaux peuvent conclure des accords à leur propre initiative, et opter pour la mise en œuvre *inter partes* de leurs accords, y compris dans le cas de négociations engagées à la suite d'une consultation préalable à une initiative législative de la Commission. En outre, étant donné que les partenaires sociaux interprofessionnels européens avaient davantage opté pour cette mise en œuvre *inter partes* pour leurs derniers accords de la période (télétravail en 2002 et stress en 2004), la Communication apporte des précisions sur les implications qu'entraîne, du point de vue de la Commission,

un accord mis ainsi en œuvre *inter partes* (ou, pour prendre la dénomination qui s'imposera dans l'usage, un « accord autonome »). Elle souligne ainsi que, si un tel accord est conclu à la suite d'une consultation et qu'il a donc interrompu le processus législatif que la Commission avait engagé, celle-ci a le droit et le devoir de s'assurer que la mise en œuvre autonome de cet accord permet effectivement d'atteindre les objectifs qu'elle s'était fixés lorsqu'elle a initié ce processus législatif, donc d'évaluer la réalité de sa mise en œuvre par les partenaires sociaux dans l'ensemble de l'Union. En outre, la Communication exprime clairement la préférence de la Commission pour une mise en œuvre législative dans les cas où il est important d'assurer une application à l'ensemble des employeurs et travailleurs concernés, et aussi quand l'accord concerne la révision d'une directive existante (33).

Tout au long de la période 1993-2012, les critères d'appréciation des accords tels que la Commission les a définis ne suscitent pas de controverses. La seule controverse relative à la mise en œuvre législative d'un accord émane d'une organisation qui conteste le texte législatif adopté au motif qu'elle n'avait pas pris part elle-même à la négociation de cet accord : il s'agit du recours en annulation engagé en 1996 par une organisation d'employeurs catégorielle, « l'Union européenne de l'artisanat, des petites et moyennes entreprises » (UEAPME), à l'encontre de la directive de mise en œuvre de l'accord sur le congé parental. Mais la Cour de Justice, concluant que la représentativité cumulée des organisations signataires était suffisante, débouta l'UEAPME (34). De façon générale, la Cour relève à cette occasion que la légitimité du rôle des partenaires sociaux procède de leur représentativité, et elle souligne que, face à un accord des partenaires sociaux, l'intervention de la Commission doit d'abord agir conformément aux principes qui gouvernent son action dans le domaine de la politique sociale tels que définis par les traités, dont, précisément, la promotion du dialogue social (point 85 de l'arrêt).

On l'a dit, le Conseil a approuvé dans des délais très courts toutes les propositions de directives qui lui ont été présentées, alors même qu'il ne peut amender le texte des accords. En outre, le Conseil a souligné en de nombreuses occasions son soutien aux développements du dialogue social européen. Ainsi, le Conseil adopte en décembre 1994 une Résolution qui appelle les partenaires sociaux à utiliser les dispositions du Traité en matière de négociation, en soulignant qu'ils sont « proches des réalités et problèmes sociaux » (35). Autre exemple : dans sa décision du 13 mars 2000 sur les lignes directrices pour les politiques de l'emploi, il « invite les partenaires sociaux à tous niveaux appropriés à négocier des accords visant à moderniser l'organisation du travail » (36).

Dès l'adoption du Traité de Maastricht, le Parlement européen avait soutenu « la nouvelle dimension sociale » du traité, tout en regrettant d'être exclu de la procédure de mise en œuvre des accords des partenaires sociaux (37). Mais en pratique, le Parlement s'est organisé pour être en mesure d'exprimer un avis sur les accords conclus alors même que le calendrier d'adoption de la décision du Conseil est très court. Ainsi, lors du premier accord sur le congé parental, la Commission présente sa proposition le 31 janvier 1996, le Parlement adopte un avis le 14 mars 1996 et le Conseil trouve un accord politique sur la directive dès le 29 mars, ce qui permet une approbation formelle le 3 juin 1996 (38).

De façon générale, du moins jusqu'en 2012, la procédure de mise en œuvre des accords via la décision du Conseil est d'une durée très courte, et elle ne donne pas lieu à controverses. La Commission présente au Conseil les accords sur le travail à temps partiel et les contrats à durée déterminée moins de deux mois après leur adoption par les partenaires sociaux, et le Conseil approuve les propositions de la Commission dans un délai de moins de six mois (39). Les accords sectoriels sont également approuvés selon un calendrier très court, le plus souvent six à neuf mois après la proposition de la Commission (40). Les études de représentativité sont conduites selon une méthodologie standardisée, qui ne donne pas lieu à controverse et, avec le développement important du dialogue social sectoriel, elles sont confiées à partir de 2006 à Eurofound, une agence européenne dont le conseil d'administration est tripartite, ce qui renforce le consensus sur l'application de ce critère d'appréciation des accords. Et pour éviter les controverses relatives à la légalité des accords, les partenaires sociaux savent qu'ils peuvent solliciter au cours de leurs négociations, s'ils le souhaitent, une expertise technique des services de la Commission sur les questions juridiques liées à leur accord (41).

2.5 Le projet de Traité constitutionnel et le Traité de Lisbonne

Le large consensus qui existe au début des années 2000 autour de la valeur ajoutée du dialogue social européen explique que les États membres et les institutions européennes, et aussi les partenaires sociaux, aient souhaité renforcer les dispositions en la matière à l'occasion de la préparation du projet de traité constitutionnel puis du Traité de Lisbonne.

Nul ne souhaitait réécrire le texte « historique » issu de l'Accord de 1991 des partenaires sociaux. Mais deux éléments nouveaux ont été introduits, formulés de la même façon dans le projet de traité constitutionnel et dans le Traité de Lisbonne, mais placés différemment dans le texte.

Il y a d'abord un article nouveau, qui affirme essentiellement que *l'Union* promeut le dialogue social à son niveau et respecte l'autonomie des partenaires sociaux (42). Cet article était conçu pour figurer au Titre VI du traité constitutionnel, portant sur la vie démocratique. Le Traité de Lisbonne le reprendra intégralement, mais le placera en deuxième position dans le Titre X consacré à la politique sociale, comme nouvel article 136, c'est-à-dire l'article 152 TFUE, placé avant l'article 153 qui spécifie les domaines de la politique sociale, ce qui en souligne l'importance. C'est un article qui renforce la reconnaissance du dialogue social en faisant de sa promotion une obligation pour l'Union (et non plus pour la seule Commission), et en consacrant le principe de l'autonomie des partenaires sociaux, qui était déjà affirmé dans divers documents de la Commission, mais qui n'était pas encore reconnu dans le texte du traité.

Il y a ensuite un amendement de l'article 138, c'est-à-dire de l'article portant sur la consultation des partenaires sociaux. C'est un amendement apparemment mineur, mais dont la portée est significative, car il concerne l'articulation entre consultation et négociation. Alors que le texte de l'article 138 disposait que

les partenaires sociaux pouvaient engager des négociations à l'occasion de la *deuxième* phase de consultation (celle portant sur le contenu de l'initiative à venir de la Commission), le nouveau texte dispose que ces négociations peuvent être engagées « à l'occasion des consultations », donc dès la première phase de consultation, laquelle porte, rappelons-le, sur l'orientation possible d'une action communautaire. Ce nouveau texte apparaît, à l'identique, dans l'article III-211 du projet de traité constitutionnel et dans l'article 154 du Traité de Lisbonne.

C'est un amendement qui ne modifie guère, du moins en apparence, le texte « historique » de 1991. Mais, comme nous l'expliquons ci-dessous, il élargit de façon significative les possibilités de négociation dans le cadre du processus de consultation. Il répond à la volonté des institutions et des États membres d'encourager la négociation des partenaires sociaux, et au souhait des partenaires sociaux de disposer d'une liberté accrue dans ces négociations. Il doit être compris comme la traduction dans le traité du large consensus décrit ci-dessus quant à la primauté de la négociation et quant à la capacité des partenaires sociaux à être des acteurs-clés de la production de la législation et de la politique sociale.

Trois raisons au moins doivent être ici considérées.

La première relève des leçons de l'expérience des consultations passées. Dans leurs échanges périodiques sur les instruments du dialogue social, les partenaires sociaux et la Commission avaient observé que la deuxième phase de consultation pouvait parfois décourager la négociation au lieu de l'encourager, en particulier quand la Commission énonçait de façon très ou trop précise le contenu de la proposition qu'elle envisageait. En ce cas, une négociation éventuelle est trop encadrée par le texte de la Commission, et il y a donc peu à négocier pour les partenaires sociaux, quand bien même les deux parties seraient convaincues de la valeur ajoutée d'une action communautaire ; en outre chacune des deux parties peut considérer qu'elle a davantage à gagner (ou du moins davantage de certitudes quant à ce qu'elle peut gagner), avec la proposition à venir de la Commission qu'avec le résultat nécessairement incertain d'une négociation. Dans son Avis de 1994 sur la Communication de 1993, le Comité économique et social européen avait déjà suggéré de permettre aux partenaires sociaux d'engager des négociations dès la première phase de consultation, précisément pour ces raisons (42 bis). D'où, sur la base de l'expérience de la Commission autant que des partenaires sociaux, le soutien accru à l'idée d'ouvrir la possibilité de négocier dès la première phase de consultation, quand le jeu est le plus ouvert parce que la Commission n'a pas encore privilégié telle ou telle option de contenu.

La deuxième raison est liée aux avancées mêmes de la politique sociale européenne. Au début des années 2000, les acteurs de la politique sociale, dont les partenaires sociaux, commencent à prendre conscience que les initiatives législatives à venir seront souvent des aménagements des normes de travail existantes plutôt que des initiatives totalement nouvelles ouvrant de nouveaux droits, et que ces aménagements seront notamment envisagés à la suite des évaluations périodiques de législations existantes. D'où l'idée que le mécanisme de double consultation « orientation possible/contenu » est inutilement long et lourd quand il s'agit de compléter, actualiser ou réviser une législation existante (et parfois même une

législation qui met en œuvre un accord des partenaires sociaux), et qu'il devrait alors être possible aux partenaires sociaux d'engager une éventuelle négociation dès la première phase, sans attendre la deuxième phase de consultation.

Enfin, une troisième raison est liée à la pratique même des négociations depuis 1994, qui avait conduit la Commission autant que les partenaires sociaux à introduire de la flexibilité dans la relation entre consultation et négociation, et à reconnaître l'intérêt et la valeur de négociations engagées en dehors du cadre formel de la deuxième phase de consultation. Ainsi les négociations relatives au temps de travail dans les secteurs du transport maritime, du transport ferroviaire ou de l'aviation civile avaient été expressément encouragées par la Commission bien avant le lancement d'un processus formel de consultation. Dès 1994, les Commissaires en charge des transports et en charge de l'emploi et des affaires sociales soulignaient l'un et l'autre auprès des partenaires sociaux de ces secteurs que la directive 93/104 CE sur le temps de travail permettait une adaptation des normes communautaires aux spécificités de secteurs particuliers, et qu'un espace de négociation leur était donc ouvert. Au cours des années suivantes, la Commission développait en conséquence des consultations informelles, sur la base d'un « document de travail des services de la Commission » qui aidait les organisations sectorielles à explorer des perspectives de négociation. Ce n'est qu'en 1997, après cette phase de consultation informelle, que la Commission présentait dans une Communication une approche d'ensemble des secteurs exclus de la directive 93/104/CE et engageait ainsi une procédure formelle de consultation sur cette approche d'ensemble (43). C'est précisément parce que des négociations étaient ainsi engagées en dehors du cadre formel de la procédure de consultation (mais dans un contexte de consultations informelles) que la Communication sur le dialogue social de 1998 (COM(1998) 322) avait clarifié que, dans le cas de telles négociations, la Commission avait à examiner la pertinence d'une action communautaire, et ce pour se conformer du point de vue formel à la logique de la procédure de consultation en deux phases, orientation possible/contenu définie par l'article 138 (44). En pratique, le plus souvent, la Commission développait successivement des consultations informelles et des consultations formelles et, lorsqu'elle lançait la procédure formelle de consultation, elle visait précisément à formaliser le résultat de ses consultations informelles antérieures et donc à obtenir une position formelle des partenaires sociaux, et non pas à explorer une question en partant de zéro : c'est parce qu'il y avait ces consultations informelles antérieures que le délai de consultation de six semaines ne posait guère de problème majeur aux organisations consultées (et ce délai pouvait même être raccourci en accord avec les organisations), et c'est parce que la Commission développait cette pratique permanente de la consultation formelle ou informelle qu'elle était prête à faire preuve d'une grande flexibilité dès lors que les partenaires sociaux faisaient part de leur intention de traiter un problème par la négociation.

2.6 La primauté de la négociation collective au niveau européen

L'élargissement des possibilités de négociation que permet le Traité de Lisbonne s'inscrit donc dans la continuité d'une pratique flexible de la Commission, qui reconnaît que ses initiatives formelles sont le plus souvent précédées de

consultations informelles et s'appuient sur les évaluations de législations existantes, et qui admet qu'une dynamique de négociation ne peut se développer que si les parties impliquées disposent d'une réelle marge de manœuvre (45). La mise en œuvre de ces amendements du Traité apparaît même avoir été anticipée par la Commission, comme en témoignent certaines consultations antérieures à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Alors que, dans les années 1990, les documents de *première* phase de consultation n'interrogeaient pas les partenaires sociaux sur l'ouverture éventuelle d'une négociation (au titre de l'article 4 de l'APS ou, ensuite, de l'article 139 TCE), on trouve dans les années 2000, alors que le projet de traité constitutionnel n'est pas encore agréé ni évidemment ratifié, et bien entendu avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, plusieurs consultations de première phase qui demandent expressément aux partenaires sociaux s'ils ont l'intention d'engager des négociations sur le sujet de la consultation (46).

En permettant aux partenaires sociaux d'engager des négociations dès la première phase de consultation, l'article 154 TFUE confirme que les dispositions du Traité relatives au dialogue social visent résolument à encourager la négociation collective au niveau européen, et élargissent en conséquence les modalités offertes en la matière aux partenaires sociaux. Cela correspond à la pratique développée par la Commission, qui fait de la première phase de consultation la première étape de formalisation de l'initiative qu'elle envisage, et non une phase d'exploration *ex nihilo* : à tout le moins, si le document de consultation de première phase s'appuie explicitement sur des consultations techniques ou informelles antérieures, et surtout si ce document invite expressément les partenaires sociaux européens à considérer une négociation, cela implique que la Commission est pleinement consciente que cette consultation ouvre aux partenaires sociaux la possibilité d'engager cette négociation, donc de suspendre temporairement le processus législatif et *in fine* de conclure un accord et de demander sa mise en œuvre législative (47). Comment la Commission pourrait-elle en effet inviter expressément les partenaires sociaux à engager une négociation sur une matière donnée et leur dire ensuite, une fois leur accord conclu, qu'elle ne souhaite plus agir en cette matière ? Le fait que la Commission n'ait pas produit de texte de clarification sur ce point à la suite du Traité de Lisbonne confirme que cette nouvelle disposition du Traité était largement anticipée et qu'aux yeux de la Commission, il était suffisamment clair pour tous que l'objectif premier des articles du Traité en la matière est d'encourager la négociation et donc d'élargir la capacité d'action des partenaires sociaux à cet égard, ce qui correspond au consensus constant que l'on observe tout au long de la période considérée (48).

Il est d'autres exemples qui confirment ce large consensus ainsi que la primauté qui a été reconnue aux négociations et aux accords des partenaires sociaux. Tous ces exemples portent sur la période qui a immédiatement précédé ou suivi l'adoption du Traité de Lisbonne et ils reflètent donc bien le contexte dans lequel l'adaptation de la formulation de l'article 154 TFUE a été adoptée.

D'abord un exemple de la flexibilité de la Commission quant au calendrier du processus de consultation et de négociation. Il s'agit de la négociation visant à réviser la Directive 96/34/CE sur le congé parental, qui était basée sur le premier accord conclu par les partenaires sociaux interprofessionnels en 1995. Au milieu

des années 2000, la Commission avait annoncé son intention de donner un nouvel élan à la politique de conciliation entre vie professionnelle, vie familiale et vie privée, et cela impliquait une révision de la directive de 1996. Mais les partenaires sociaux n'étaient pas prêts à ouvrir à nouveau le dossier, car les employeurs notamment étaient réservés quant à l'utilisation de la législation européenne pour l'amélioration du droit au congé parental. Le processus de révision a donc été très lent : la première phase de consultation a été lancée le 12 octobre 2006 (SEC (2006) 1245); la deuxième phase de consultation a été lancée le 30 mai 2007 (SEC (2007) 571); au terme de cette deuxième phase de consultation, la Commission pouvait évidemment reprendre l'initiative en préparant elle-même une proposition législative, mais elle a accepté de continuer à attendre en suspendant ses propres travaux, car le 11 juillet 2007, les partenaires sociaux européens lui ont fait part de leur intention d'engager une évaluation conjointe de la Directive de 1996, évaluation au terme de laquelle ils pourraient éventuellement conduire une négociation; cette évaluation a été conclue en mars 2008 et c'est seulement le 11 septembre 2008 que les partenaires sociaux ont annoncé vouloir engager une négociation en vue de la révision de la Directive. Le nouvel accord sera conclu le 18 juin 2009 et conduira à la Directive 2010/18/UE du 8 mars 2010. Bien que l'accord soit conclu plus de deux ans après le lancement de la deuxième phase de consultation, la Commission a considéré que c'était bien un accord lié à un processus de consultation.

Un autre exemple montre que la flexibilité ne se limite pas au calendrier, et ne concerne pas seulement la Commission. Il date de 2008, et il illustre l'état d'esprit dominant au sein de l'ensemble des institutions européennes dans la période de ratification du Traité de Lisbonne. Il s'agit de la révision de la directive relative aux Comités d'entreprise européens (Directive 94/45/CE du 22 septembre 1994), une révision envisagée dès 2004 et sur laquelle la Commission avait à plusieurs reprises appelé les partenaires sociaux interprofessionnels à négocier, mais sans succès.

À l'issue de la deuxième phase de consultation, au printemps 2008, ceux-ci avaient eu des discussions mais ils n'avaient pas réussi à s'entendre sur une telle négociation. La Commission a donc présenté au Conseil et au Parlement européen, début juillet 2008, une proposition législative. Mais immédiatement après cette proposition de la Commission, au cours de l'été, les partenaires sociaux ouvrent à leur propre initiative, et concluent rapidement une négociation qui leur permet de soumettre conjointement à la Présidence du Conseil, fin août 2008, un texte de compromis. Bien que ce texte soit soumis en dehors du cadre de la consultation, et même après la présentation de la proposition législative de la Commission, le Conseil et la Commission conviennent de le retenir comme base d'un accord politique au sein du Conseil. Bien entendu, cette intervention des partenaires sociaux, et son accueil favorable au sein du Conseil, réduisaient considérablement les possibilités d'intervention du Parlement, et celui-ci a exprimé sa déception à cet égard. Mais la directive a été adoptée par le Conseil et le Parlement le 6 mai 2009 sur la base de ce compromis des partenaires sociaux (2009/38/CE).

Un troisième exemple confirme l'attention que la Commission accorde à la dynamique de négociation des partenaires sociaux, et montre comment elle y répond non seulement par la flexibilité quant au calendrier mais aussi par la

flexibilité quant au champ des problèmes à traiter. Il s'agit de la négociation sur les blessures par objets tranchants dans les hôpitaux. À l'origine, il y a en juillet 2006 une Résolution du Parlement européen autour des risques d'infection sanguine liés aux piqûres d'aiguille à l'hôpital, une question évidemment sensible dans le contexte des risques de transmission du VIH et d'autres maladies infectieuses (49). Cette Résolution conduit la Commission à envisager une directive sur cette question et donc à lancer une consultation des partenaires sociaux comme l'impose le Traité (première phase lancée en décembre 2006 et deuxième phase en décembre 2007). Les partenaires sociaux du secteur des hôpitaux expriment leur intérêt pour cette initiative, mais ils ne trouvent pas d'accord entre eux sur une négociation dans le délai de la consultation (février 2008). Les services de la Commission engagent donc la préparation du texte législatif, alors que les partenaires sociaux continuent leurs discussions : en novembre 2008, ceux-ci informent la Commission de leur volonté d'ouvrir une négociation sur la question plus large de la prévention des risques de blessure liés à l'utilisation d'objets tranchants à l'hôpital. Ici, la deuxième phase de consultation était clôturée depuis de longs mois, et la négociation envisagée élargissait le champ de l'initiative législative en préparation. Mais la Commission a alors suspendu ses travaux et elle a à la fois accepté le principe de cet élargissement du champ de l'initiative et laissé aux partenaires sociaux le temps nécessaire à la négociation d'un accord. Le Parlement européen, qui était à l'origine des travaux sur le dossier, quoique réticent dans un premier temps, se laissera convaincre que le problème soulevé dans sa Résolution de 2006 pourrait être résolu de façon satisfaisante par cette négociation des partenaires sociaux sectoriels européens. L'accord sera conclu le 17 juillet 2009 et la Commission proposera sa mise en œuvre législative dès le 26 octobre 2009, laquelle sera approuvée par le Conseil le 10 mai 2010 (Directive (UE) 2010/32) (50).

Un dernier exemple montre que la primauté accordée à la négociation peut aller au-delà du cadre de la législation dans le domaine de la politique sociale : il concerne une initiative législative de la Commission qui avait un impact sur les entreprises et les travailleurs de la sécurité privée. En juillet 2010, la Commission propose un règlement sur le transfert transfrontalier professionnel d'euros en espèces, par la route, dans la zone euro. Cette proposition répondait à des impératifs spécifiques de fonctionnement de la zone euro, mais elle avait un impact sur certains aspects des conditions de travail des transporteurs de fonds dès lors qu'ils exerceraient leur travail dans un cadre transfrontalier. Les partenaires sociaux du secteur de la sécurité privée se sont donc saisis de cet aspect et, entre autres contributions à la préparation de ce règlement, ils ont conclu un accord portant sur des questions de formation professionnelle liées au règlement et ils ont soumis cet accord à la Commission. Bien que la formation professionnelle n'entre pas dans le champ de l'article 153 TFUE sur la politique sociale, lequel n'était d'ailleurs pas la base légale du règlement envisagé, et qu'une mise en œuvre législative de l'accord soit dès lors impossible au titre de l'article 155.2 TFUE, la Commission a accepté d'inclure cet accord des partenaires sociaux du secteur en annexe à sa proposition de règlement, et elle a invité le Conseil et le Parlement européen à agréer cette partie du texte sans l'amender. Le règlement avec cette annexe inchangée sera adopté par le Conseil et le Parlement le 16 novembre 2011 ([UE] 1214/2011) (51).

La genèse des dispositions des traités et de la définition des modalités de leur mise en œuvre, le consensus entre les institutions et les partenaires sociaux européens sur l'esprit de ces dispositions, et la priorité accordée à la négociation collective européenne par la Commission au cours des années, ces trois facteurs permettent de comprendre l'attachement des partenaires sociaux et de la Commission à ces dispositions des traités, et le système d'attentes mutuelles qui s'est développé entre ces acteurs quant à leur mise en œuvre. Cette unité de vues dure au moins jusqu'en 2011/2012. C'est d'ailleurs fin 2011 que les partenaires sociaux interprofessionnels annoncent l'ouverture de leur négociation sur la révision de la directive sur le temps de travail (2003/88/EC), une décision attendue et saluée par la Commission qui sait que c'est là un dossier difficile, puisque cinq années de discussions entre le Conseil, le Parlement européen et la Commission ont conduit à un constat d'échec en 2009, et que c'est précisément en raison de cet échec que la Commission a ouvert un nouveau processus législatif.

3. Des premières controverses à la réinterprétation de l'article 155

3.1 2012, année charnière

L'année 2012 s'engage avec l'ouverture de la négociation sur le temps de travail, qui est évidemment un défi important pour les partenaires sociaux interprofessionnels, et dont la Commission espère le succès. En ce qui concerne le dialogue social sectoriel, dont le dynamisme législatif avait été souligné dans un Document des services de la Commission de juillet 2010 (52), plusieurs négociations s'achèvent, dont trois menées par les partenaires sociaux sectoriels avec la perspective explicite d'une mise en œuvre législative de l'accord recherché : la négociation sur le temps de travail dans le secteur des voies navigables se conclut par un accord le 15 février 2012, celle sur la santé et la sécurité au travail dans le secteur de la coiffure se conclut par un accord le 26 avril 2012, et celle relative à la mise en œuvre de la convention de l'OIT sur la pêche se conclut par un accord le 21 mai 2012. Ces trois accords du printemps 2012 donnent une visibilité nouvelle au potentiel de négociation du dialogue social sectoriel européen, et ce d'abord au sein même de la Commission et de ses services. Cette visibilité est d'autant plus grande que la Commission, à cette date, a réduit fortement ses ambitions en matière de législation sociale nouvelle. C'est la Commission Barroso 2 et le point de vue qui domine au sein de cette Commission est qu'il y a une « fatigue » des États membres, des entreprises et des citoyens à l'égard de la législation européenne en général, qu'il faut donc s'orienter vers une « réglementation intelligente » (COM(2010) du 8 octobre 2010), et qu'il faut d'abord faire un bilan, et le cas échéant une refonte et une simplification, de la législation existante, avant d'envisager des propositions nouvelles. D'où des initiatives relatives à l'évaluation de l'acquis législatif (ce que la Commission appelle les *fitness checks* puis le programme « REFIT »), au renforcement des analyses d'impact, et à la définition de principes de législation intelligente pour *répondre à l'impératif économique* (COM(2012) 746 du 12 décembre 2012) (53). En outre, le contexte est celui de la lente sortie de la crise économique et financière, et des programmes de consolidation budgétaire (ou d'austérité) au sein de la zone euro. Ce n'est donc pas, selon la Commission, un contexte favorable à des propositions nouvelles en matière de politique sociale et surtout de législation sociale. Les demandes de mise en œuvre législative des trois accords sectoriels suscitent donc d'emblée des réserves au sein de la Commission et notamment son Secrétariat général, qui est en charge de la coordination d'ensemble des actions de la Commission et qui anime ce mouvement de mise en question de l'utilité de la législation et de limitation des ambitions en matière de législation sociale.

En avril 2012, quelques jours avant la signature de l'accord dans le secteur de la coiffure, une violente campagne est engagée dans la presse britannique à l'encontre de cet accord et de sa possible mise en œuvre législative, présentée comme un exemple des aberrations auxquelles peut conduire la législation sociale européenne et en particulier celle issue du dialogue social européen. Les *tabloïds* britanniques sont très actifs dans cette campagne, mais les autorités britanniques le sont aussi (53 bis) : la campagne est à la fois médiatique et politique, et si elle conteste le contenu de l'accord de ce secteur particulier, elle conteste plus encore la procédure de mise en œuvre définie dans l'article 155 TFUE et de façon générale la législation sociale européenne. À dire vrai, la contestation du contenu de l'accord apparaît même comme un prétexte : la campagne engagée est ouvertement caricaturale et, pour tourner l'accord en dérision, elle invente même des dispositions qui ne sont pas dans le texte de cet accord (par exemple que l'accord interdirait aux travailleuses de ce secteur de porter des chaussures à hauts talons) ; en outre, elle écarte sans aucune justification les résultats de travaux scientifiques présentés par les signataires à l'appui de leur accord et elle conteste même des dispositions de l'accord qui reprennent les recommandations des brochures officielles de l'agence britannique en charge des questions de santé et sécurité au travail (54).

Si l'objectif principal des médias britanniques est clairement de railler les possibles excès de la réglementation européenne, la campagne politique vise davantage la politique sociale européenne et ses instruments, et elle reprend à cet effet les éléments les plus caricaturaux de la campagne médiatique : la critique de l'accord du secteur de la coiffure permet de contester à la fois la législation européenne relative à la santé et la sécurité au travail, dont les autorités britanniques souhaitent une refonte complète, et la procédure de mise en œuvre législative des accords conclus par les partenaires sociaux au titre de l'article 155, qui pose elle aussi problème aux autorités britanniques, et ce notamment en raison de la négociation interprofessionnelle en cours sur le temps de travail. La chronologie des faits est ici éclairante : l'offensive britannique de 2012 sur l'accord « coiffure » se développe précisément au moment où cette négociation interprofessionnelle entre dans sa phase finale, et ce avec une perspective raisonnable de succès (55) ; or, le succès éventuel de cette négociation remettrait en cause le principe de l'*opting out* inclus dans la directive de 1993, auquel les autorités britanniques sont particulièrement attachées, et le Royaume-Uni ne pourrait bloquer une proposition de mise en œuvre législative d'un accord des partenaires sociaux européens, qui relève de la majorité qualifiée, – sauf précisément à parvenir à disqualifier auprès d'un nombre suffisant d'autres États membres la procédure de l'article 155,2, en utilisant à cet effet, entre autres, les caricatures de l'accord du secteur de la coiffure.

La campagne des autorités britanniques à l'encontre de l'accord du secteur de la coiffure est soutenue par certains gouvernements nationaux, comme en témoigne une lettre commune adressée à la Commission par une dizaine d'États membres (56). Et elle ne faiblit pas, même si la négociation interprofessionnelle sur le temps de travail échoue à la fin de l'année 2012. Mais la menace que cette campagne fait peser sur le dialogue social européen conduit aussi les partenaires sociaux à rappeler à la Commission ses obligations quant à la promotion du dialogue social et au respect de l'autonomie des partenaires sociaux. En outre, les syndicats européens soulignent que l'accord conclu dans le secteur de la coiffure aborde des

problèmes de santé et sécurité au travail qui ne sont pas contestables : même si l'accord peut être amélioré ou simplifié sur certains de ses aspects, il a le mérite d'aborder clairement des risques dont la réalité est solidement étayée par des travaux scientifiques, à savoir la surexposition considérable des travailleurs de ce secteur, essentiellement des jeunes femmes, à des troubles dermatologiques et respiratoires sérieux en lien avec leurs conditions de travail et, entre autres, les conditions d'utilisation de produits cosmétiques (57). Mais les critiques de l'accord trouvent un écho et un appui au sein même de la Commission, et auprès du Président Barroso lui-même, qui reprend à son compte à diverses reprises les caricatures de l'accord diffusées par les *tabloïds*, en donnant ainsi l'impression que la Commission et lui-même sont plus attentifs à la campagne de ces *tabloïds* qu'au contenu de l'accord lui-même et aux problèmes auxquels cet accord prétend répondre (58). La sensibilité politique du dossier a évidemment des effets sur l'action des services concernés : les controverses vont au-delà du seul accord conclu dans le secteur de la coiffure pour s'étendre à l'ensemble des accords conclus conformément à l'article 155 TFUE, et notamment aux accords issus du dialogue social sectoriel, puisque c'est le dynamisme de ce dialogue sectoriel qui place ainsi la Commission devant l'obligation de considérer la suite à donner à plusieurs accords conclus à l'initiative des partenaires sociaux ; dès lors, certains des services concernés posent ouvertement la question du refus d'une mise en œuvre législative de ces accords et, si nécessaire, d'une réinterprétation des modalités d'examen de ces accords en vue de donner à la Commission toute latitude à cet effet.

3.2 Les interrogations quant aux modalités selon lesquelles la Commission pourrait décider de ne pas donner suite à une demande de mise en œuvre législative d'un accord

En cette année 2012, le contexte est donc celui de la contradiction entre une Commission qui entend limiter le nombre et les ambitions de ses propositions législatives dans le domaine social, et un dialogue social sectoriel européen qui manifeste un réel dynamisme, même s'il est limité à quelques secteurs particuliers, dynamisme qui se traduit par la conclusion de plusieurs accords et la présentation de plusieurs demandes de mise en œuvre législative de ces accords (dans les secteurs de la coiffure, des voies navigables et de la pêche). En toute rigueur, l'examen de chacune de ces demandes devrait être fait par la Commission selon les critères présentés dans la Communication de 1998 et confirmés par les Communications suivantes : représentativité, légalité et dispositions relatives aux PME, et, pour les accords négociés en dehors d'une procédure de consultation, pertinence de l'action communautaire dans le domaine. Mais il y a aussi au sein de la Commission une forte pression politique pour que cet examen justifie un refus de l'un ou l'autre de ces accords, et en tout cas de l'accord dans le secteur de la coiffure, qui est perçu comme source de critiques qui menacent la Commission et son image, quitte à réinterpréter à cet effet les modalités selon lesquelles les accords sont examinés. Or, il n'y a pas de précédent en la matière : la Commission n'a jamais refusé de donner suite à une demande de mise en œuvre législative d'un accord des partenaires sociaux européens.

Pour la Commission, il n'était pas *politiquement* possible d'engager ouvertement une réinterprétation des modalités d'application de l'article 155.2 tant que la négociation interprofessionnelle sur le temps de travail était en cours. C'était là un dossier où la Commission espérait que les partenaires sociaux l'aideraient à contourner l'impasse politique rencontrée antérieurement, et rendre publique une telle réinterprétation aurait ouvert un conflit frontal avec les organisations interprofessionnelles européennes : dans le cas où ces organisations seraient parvenues à un accord sur la révision de la directive sur le temps de travail, et sous réserve évidemment de la légalité des clauses de l'accord, comment la Commission aurait-elle pu leur dire qu'elle ne se sentait nullement tenue de soumettre au Conseil le texte de cet accord en vue de sa mise en œuvre législative ? Ou qu'elle avait besoin de temps et d'études supplémentaires pour se faire une opinion sur l'intérêt de cet accord afin de pouvoir décider de le soumettre ou non au Conseil ? Mais dès l'échec de cette négociation interprofessionnelle, en décembre 2012, la réflexion au sein des services concernés de la Commission a pu s'orienter ouvertement sur la possibilité de refuser les demandes de mise en œuvre législative des accords de partenaires sociaux sectoriels. Dès octobre 2012, certains acteurs familiers des procédures européennes avaient relevé le signal politique discret que la Commission avait donné à l'occasion de l'adoption de son programme de travail pour l'année 2013 (COM(2012) 629 final du 23 octobre 2012), car ce programme de travail n'incluait aucune référence à une éventuelle approbation par le Collège, dans le courant de l'année 2013, de propositions de mise en œuvre législative des accords sectoriels conclus au printemps 2012 (59). Étant donné que la pratique antérieure de la Commission était de présenter ces propositions législatives dans un délai de quelques mois seulement après la conclusion d'un accord, l'absence dans ce programme de travail 2013 de toute mention de l'éventualité d'une proposition législative en lien avec un accord était un signe de la force des oppositions à ces accords au sein de la Commission : elle laissait présager une instruction interne lente et difficile, confrontée à une forte pression en faveur d'un refus pur et simple de l'un ou l'autre au moins de ces accords.

Le débat ne portait pas sur la possibilité pour la Commission de ne pas donner suite à une demande de mise en œuvre législative des signataires d'un accord, car cette possibilité était déjà expressément mentionnée dans la Communication de 1993. Mais conformément au texte du Traité et à son obligation de promouvoir le dialogue social européen, la pratique constante de la Commission avait été d'encourager la négociation collective au niveau européen, de la faciliter du point de vue logistique et technique, et d'en promouvoir les résultats. En outre, comme on l'a vu, la Commission avait toujours donné la priorité à la négociation collective, au nom de la double subsidiarité, et il n'y avait pas de précédent d'un refus d'une demande de mise en œuvre législative d'un accord. Au demeurant, aucune des Communications passées relatives au dialogue social n'avait d'ailleurs explicitement traité des critères ou des modalités selon lesquelles la Commission pourrait éventuellement s'écarter de cette pratique constante. La Commission devait-elle s'en tenir, dans l'examen des accords des partenaires sociaux, aux critères de représentativité, légalité et incidence sur les PME, et le cas échéant, pour les accords négociés en dehors du cadre formel des consultations au titre de l'article 154 TFUE, la pertinence de l'action communautaire dans le domaine concerné par l'accord ? Comment devrait-elle expliciter les raisons d'une

éventuelle décision de ne pas donner suite à un accord (en quelques lignes très générales, ou avec un argumentaire complet et détaillé?) Et à quel niveau et sous quelle forme une telle décision devait-elle être prise et notifiée (par un simple courrier administratif au niveau des services ou par une décision formelle au niveau du Collège en vertu du « parallélisme des formes » puisque l'approbation est décidée par le Collège?). Telles étaient les interrogations, au sein des services de la Commission, sur les conditions selon lesquelles il serait possible de décider de ne pas donner suite à une demande de mise en œuvre législative d'un accord des partenaires sociaux. Dans une telle recherche, c'est évidemment le critère de pertinence de l'action communautaire qui retient l'attention, car il est celui qui se prête le plus aisément à l'utilisation de considérations politiques, et il est en outre totalement contrôlé par la Commission : au demeurant, il était clair dès le départ qu'aucun des accords considérés ne pouvait être aisément invalidé sur la base des critères relatifs à la représentativité et à l'incidence éventuelle sur les PME, et que les éventuelles faiblesses qui pouvaient être relevées au regard du critère de légalité pouvaient probablement être corrigées par les partenaires sociaux signataires de ces accords, par un amendement du texte des accords, et justifiaient donc difficilement un refus pur et simple (60).

Or, l'examen des trois accords considérés pouvait inclure cette analyse selon le critère de la pertinence de l'action communautaire, en raison de leur lien trop indirect, ancien ou ténu avec des procédures formelles de consultation (61).

À dire vrai, il n'y avait toutefois guère de doute sérieux quant à la pertinence d'une action législative européenne en ce qui concerne le temps de travail dans le secteur des voies navigables, et en ce qui concerne l'adaptation du droit social européen au texte de la Convention de l'OIT relative au secteur de la pêche, c'est-à-dire les domaines couverts par les accords conclus par les partenaires sociaux des secteurs des voies navigables et de la pêche. En ce qui concerne les voies navigables, un secteur de petite taille en termes d'emploi mais très internationalisé par sa nature même (62), l'accord permettait de flexibiliser les dispositions relatives au temps de travail et il s'inscrivait dans la continuité de la série de directives relatives au temps de travail du personnel mobile des divers secteurs du transport, basées sur des accords conclus entre les partenaires sociaux de ces secteurs, que la Commission avait toujours encouragés : la Direction générale en charge des Transports soutenait d'ailleurs cet accord et elle était présente lors de sa signature par les partenaires sociaux du secteur. Au demeurant, lorsque cet accord avait été conclu, la négociation interprofessionnelle sur le temps de travail était en cours, et la Commission y était très attentive eu égard à l'échec de ses précédentes tentatives de révision des dispositions européennes sur le sujet : il n'y avait donc guère de doute sur la légitimité d'un effort de modernisation de la législation européenne en ce domaine, et la légitimité d'une initiative des partenaires sociaux à cet effet.

Quant à l'accord dans le domaine de la pêche, il aurait été incompréhensible que la Commission conteste la pertinence d'une action législative en ce domaine : il s'agissait de transposer dans le droit social européen les effets de la Convention C188 agréée par l'OIT, que la Commission et tous les États membres avaient soutenue (et à la négociation de laquelle les partenaires sociaux sectoriels européens avaient participé activement) et dont la Commission et le Conseil

souhaitaient expressément la ratification, laquelle supposait précisément cette adaptation du droit européen : la question qui se posait n'était donc pas celle de la pertinence d'une action législative en ce domaine (car si la Commission avait refusé la demande de mise en œuvre législative de l'accord des partenaires sociaux, elle aurait dû présenter elle-même une proposition législative pour que les États membres puissent, après son adoption, ratifier la Convention) mais celle de la qualité de la formulation du texte au regard de l'objectif d'adaptation du droit communautaire aux dispositions de la Convention (et sur ce point, qui est donc distinct de celui de la pertinence d'une action communautaire, les partenaires sociaux disposaient d'une expertise certaine, puisqu'ils avaient participé à la négociation dans le cadre de l'OIT) (63).

En revanche, le débat sur la pertinence de l'action européenne était ouvert en ce qui concerne l'accord dans le secteur de la coiffure, celui qui faisait précisément l'objet des controverses les plus vives et qui devenait ainsi le symbole de l'« intrusion » du dialogue social sectoriel dans le processus de production de la législation sociale européenne. Il n'y avait aucun doute sérieux quant à la réalité de certains risques de santé et sécurité au travail spécifiques à ce secteur, par exemple en ce qui concerne les maladies de la peau et certains troubles respiratoires, musculosquelettiques ou allergiques, bien établis dans la littérature internationale spécialisée : c'est précisément parce que ces risques étaient bien établis que l'accord avait reçu un accueil favorable de la part de diverses organisations internationales (64) ; mais l'accord faisait aussi référence à des risques auxquels les travailleurs de ce secteur n'étaient sans doute pas plus significativement exposés ou surexposés que ceux d'autres secteurs, et il contenait des dispositions qui ne faisaient que confirmer des obligations déjà établies dans d'autres textes communautaires au regard de ces derniers risques ; il pouvait donc y avoir une discussion quant au champ de l'accord et quant à la valeur ajoutée d'une partie au moins de ses dispositions ; surtout, il était possible de discuter, de façon générale, au regard de considérations de subsidiarité et de proportionnalité, de la nécessité ou non d'une éventuelle initiative européenne relative à la santé et la sécurité au travail dans ce secteur particulier.

3.3 L'importation des analyses d'impact dans l'examen des demandes de mise en œuvre législative des accords des partenaires sociaux européens

Au printemps 2012, peu de temps après la conclusion des trois accords sectoriels précités, le Secrétariat général de la Commission, qui animait à la fois le mouvement de simplification législative et le développement des « analyses d'impact » au sein de la Commission a décidé que les propositions législatives relatives aux accords de partenaires sociaux soient désormais soumises à ces analyses d'impact.

Pour l'examen de ces propositions, c'est un changement radical d'approche, car la Commission avait toujours considéré jusqu'alors que les propositions de mise en œuvre législative des accords de partenaires sociaux ne devaient pas inclure

d'analyse d'impact. La dernière proposition datait d'octobre 2009, quand la Commission avait présenté au Conseil une proposition de directive concernant la mise en œuvre de l'accord sur les blessures par objets tranchants à l'hôpital. Dans cette Communication (COM(2009) 577 du 26 octobre 2009), la Commission soulignait que lorsqu'elle présente une proposition visant à donner un effet légal à un accord entre partenaires sociaux, « il n'y a pas lieu de joindre une analyse d'impact » (point 2.3 de l'Exposé des motifs). La Commission avait formulé la même affirmation quelques mois plus tôt dans sa proposition de directive de mise en œuvre de l'accord révisé sur le congé parental (COM(2009) 410 du 30 juillet 2009, également point 2.3). Et il en était de même dans les propositions de directives antérieures, par exemple en 2008 la proposition relative à l'accord dans le secteur du transport maritime, qui visait à adapter le droit du travail européen à la Convention du travail maritime adoptée par l'OIT en 2006 (Convention C 186), un accord dont la nature était donc tout à fait identique à celle de l'accord de 2012 dans le secteur de la pêche (65). Pour tous ces dossiers, la position constante de la Commission était de ne pas procéder à une analyse d'impact ; d'une part parce que les acteurs directement impactés par la mise en œuvre d'un accord sont aussi directement impliqués dans la négociation de cet accord (et acceptent donc ses divers impacts par le fait même de signer l'accord), et d'autre part parce que la procédure de mise en œuvre *erga omnes* d'un accord était considérée comme une procédure spécifique, dont la Commission préservait précisément la spécificité qui la distingue de la procédure législative ordinaire (on l'a dit, il s'agit ici d'homologuer et d'étendre la portée d'un accord collectif, et non de produire de la législation en tant que telle). Et l'absence d'analyse d'impact n'avait nullement posé problème au Conseil lors du processus d'adoption des décisions de mise en œuvre de ces accords antérieurs. Au demeurant, la Communication du 8 octobre 2010 qui lance le programme de « réglementation intelligente » (*Smart Regulation*) ne fait pas référence à la mise en œuvre des accords des partenaires sociaux ni à leur soumission à des analyses d'impact (COM(2010) 543 du 8 octobre 2010). Et il en est de même de Communications ultérieures (par exemple la Communication REFIT COM [2012] 746 du 12 décembre 2012).

La décision d'introduire les analyses d'impact dans le processus d'appréciation des accords de partenaires sociaux marque donc une rupture avec l'approche antérieure de la Commission, et elle intervient de façon inattendue. Elle n'a pas été prise au niveau du Collège et n'a pas été formalisée dans une Communication. Elle a été prise au niveau des services, dans le contexte de l'impulsion donnée par la Commission Barroso 2 au programme *Smart Regulation*, et de la volonté de la Commission de ne pas se voir imposer des propositions de législation sociale issues des accords des partenaires sociaux alors qu'elle s'était orientée vers la limitation de ses ambitions en ce domaine. Le rôle-clé a été joué ici par le Secrétariat général de la Commission, qui était précisément en charge de la coordination des analyses d'impact du programme *Smart Regulation*, et qui a fait valoir que, dès lors que la Commission accompagnait désormais ses propositions législatives par une analyse d'impact, cette disposition devait désormais s'appliquer aussi aux propositions de mise en œuvre législative des accords des partenaires sociaux. Il va de soi que ce changement d'approche donnait aussi et surtout à la Commission une plus grande latitude dans l'examen des accords, en lui permettant d'élargir de fait les critères selon lesquels leur valeur ajoutée serait analysée, et qu'il donnait à cet examen

des accords une dimension politique plus marquée puisque les analyses d'impact sont placées sous la responsabilité et la supervision du Secrétariat général de la Commission (66). Et au fur et à mesure que les services concernés élaboraient le contenu possible de cette extension des analyses d'impact aux accords des partenaires sociaux, le développement des controverses relatives à ces accords renforçait cette dimension politique : si cette introduction de l'analyse d'impact n'a peut-être pas eu initialement pour objectif premier de fournir à la Commission des arguments qui permettraient de justifier un refus de la mise en œuvre législative d'un accord, nul doute que cette nouvelle approche de l'examen des accords a progressivement intégré cet objectif, et que celui-ci est même devenu essentiel, notamment pour les accords donnant lieu à controverses.

Au sein de la Commission, la première conséquence pratique du dynamisme du dialogue social sectoriel a donc été d'introduire l'analyse d'impact dans la procédure d'examen des accords dont les signataires demandent la mise en œuvre législative. L'idée était de produire un « document analytique » qui examinerait les coûts et les avantages de la mise en œuvre d'un accord et qui compléterait donc l'analyse de cet accord selon les critères standard définis dans les Communications passées de la Commission, c'est-à-dire la représentativité des signataires et la légalité des clauses de l'accord, y compris les contraintes pesant sur les PME ; il était aussi escompté que ce document analytique puisse éclairer, le cas échéant, la discussion de la pertinence de l'action européenne dans le domaine couvert par l'accord, bien qu'il y ait ici un risque évident de confusion entre cette analyse de la pertinence d'une action européenne en ce domaine en général et une analyse portant spécifiquement sur la pertinence de l'action définie par l'accord en particulier (on l'a souligné plus haut, le respect de l'autonomie des partenaires sociaux impose de conduire l'analyse de la pertinence de l'action communautaire au niveau du domaine concerné, et non des dispositions particulières d'un accord). L'introduction de l'analyse d'impact dans la procédure d'examen des accords devait donc donner à la Commission les informations nécessaires à son appréciation de la valeur ajoutée d'une action européenne, et par là même le refus ou l'approbation de la demande de mise en œuvre législative d'un accord.

Cette introduction de l'analyse d'impact dans le processus d'examen des accords des partenaires sociaux ne pouvait pas être mise en œuvre aisément. La méthodologie standard des analyses d'impact de la Commission avait surtout été conçue pour accompagner la préparation des initiatives législatives *en amont* de la rédaction d'un texte, au stade de la définition des problèmes et des objectifs, et de la comparaison des options politiques possibles. Mais appliquer cette approche à l'évaluation *en aval* de l'impact possible d'un accord conclu entre les partenaires sociaux supposait une adaptation de cette méthodologie standard : dans le cas de l'examen d'un accord déjà conclu entre les partenaires sociaux, et contrairement à la préparation d'une initiative législative ordinaire, les seules options à comparer sont l'application ou l'absence d'application de l'accord, sans possibilité de considérer des scénarios alternatifs aux fins de comparaison de leurs avantages et coûts respectifs (d'où l'intitulé de « document analytique » donné au document produit, pour marquer sa différence avec les analyses d'impact proprement dites, et la limitation de l'analyse à la comparaison des coûts et avantages attendus de la mise en œuvre des dispositions des accords).

C'est pourquoi la question de l'importation des analyses d'impact dans le champ des accords entre partenaires sociaux a conduit les services concernés à considérer aussi comment la méthodologie standard pouvait et devait être appliquée en amont de l'examen des accords, c'est-à-dire au cours des phases de consultation des partenaires sociaux, là où elle peut être pleinement appliquée puisque la négociation n'a pas commencé : d'où une adaptation de la procédure de consultation au titre de l'article 154 TFUE, consistant à accompagner le texte de consultation de deuxième phase par un « document analytique » qui « encadrerait » en amont une éventuelle négociation des partenaires sociaux en en fixant d'emblée le champ et le contenu possible : nature et ampleur du problème, dimension européenne de ses causes et de ses solutions possibles, objectifs et impacts envisageables, etc. Mais adapter ainsi la procédure de consultation signifie aussi, en pratique, restreindre la marge de manœuvre des parties à la négociation et prendre le risque de la décourager (ou, le cas échéant, chercher à la décourager), en balisant autant que possible l'espace d'une telle négociation : c'est aller à l'encontre de l'innovation qu'avaient apportée le Traité de Lisbonne et la nouvelle formulation de l'article 154 TFUE, à savoir la possibilité pour les partenaires sociaux d'engager une négociation dès la première phase, précisément lorsque le champ de cette négociation n'est pas encore totalement balisé par la Commission. La mise au point de ces modalités a donné lieu à de longues discussions entre services concernés, d'autant plus complexes qu'il était clair que l'objectif n'était pas seulement d'importer dans l'examen des accords la méthodologie des analyses d'impact et les principes de *Smart Regulation/Better Regulation* agréés entre les institutions, mais aussi de donner à la Commission une plus grande liberté dans l'appréciation politique des demandes de mise en œuvre législative des accords des partenaires sociaux, en introduisant de fait dans l'analyse des accords des considérations qui allaient bien au-delà des critères d'examen définis dans les Communications des années 1990, de l'esprit d'ensemble de ces Communications passées et même de l'esprit de la nouvelle formulation de l'article 154 TFUE introduite par le Traité de Lisbonne.

La deuxième conséquence pratique de ces controverses a été l'allongement considérable des délais d'examen des accords concernés, et même l'enlisement de certains de ces dossiers. Car la défiance et la suspicion ont été générales. Pour les accords des secteurs des voies navigables et de la pêche, dont ni le contenu, ni la représentativité des signataires n'étaient *a priori* en cause, et pour lesquels la pertinence d'une action communautaire ne faisait guère de doute, il a fallu 29 et 35 mois pour que les services de la Commission procèdent aux analyses nécessaires, d'abord avec l'aide de consultants externes, puis en établissant le document devant être soumis à l'*Impact Assessment Board* en charge du contrôle de qualité de la procédure, et enfin pour que la Commission présente les propositions de mise en œuvre législative — confirmant ainsi la qualité de ces deux accords au regard du critère de légalité (un critère qui au demeurant ne relève pas de l'analyse d'impact), et, comme on pouvait évidemment s'y attendre avant même d'engager l'analyse, la pertinence d'une action européenne en la matière (67).

Pour l'accord dans le secteur de la coiffure, la procédure n'a pas été menée à son terme, et les services de la Commission n'ont pas rédigé le « document analytique » qui devait conclure l'examen de cet accord et être présenté à l'*Impact Assessment Board*. La Commission a commandité une étude à une équipe de consultants

externes spécialisés mais elle n'a pas rendu public le rapport de cette équipe de consultants, et le processus d'examen a été *de facto* suspendu : le dossier est resté enlisé. Cela a été interprété par les signataires de l'accord comme le signe que les conclusions de l'étude externe étaient plutôt favorables à leurs arguments et n'aidaient pas la Commission à justifier la décision de *rejet* qui préexistait à l'analyse d'impact. Cela a donc accrédité auprès de ces acteurs l'idée d'une gestion arbitraire et partielle de leur dossier, et aussi l'idée que l'image caricaturale de l'accord née de la campagne des *tabloïds* et des autorités britanniques avait pris le pas, pour la Commission, sur son contenu réel, voire que ce contenu réel ne l'intéressait guère. Cette interprétation a été confortée par les Communications dites « REFIT » du 2 octobre 2013 (COM(2013) 685 final) et du 18 juin 2014 (COM(2014) 388 final), qui contiennent toutes deux des formulations qui sont confuses mais qui annoncent que la Commission Barroso 2 ne donnera pas suite à la demande de mise en œuvre de cet accord du secteur de la coiffure, bien qu'elle n'ait pas mené à terme son analyse : il s'agit donc d'un refus qui peut être temporaire (?) et qui n'est pas accompagné d'explications étayées par une analyse de l'accord, mais qui admet que cette analyse devrait se poursuivre et que la Commission suivante pourrait donc reconsidérer le dossier (68). Il va de soi qu'en annonçant ainsi une décision négative avant même l'achèvement de l'analyse qui était supposée devoir informer et éclairer cette décision, puis en laissant le dossier s'enliser sans explication, la Commission a donné à penser qu'elle ne respectait pas les procédures qu'elle avait elle-même fixées, ni les principes de transparence dont elle se réclame.

Plusieurs facteurs ont conduit à cet allongement considérable des délais de traitement des dossiers, allant jusqu'à l'enlisement du dossier qui était alors le plus sensible : le temps nécessaire à la clarification des procédures, le climat d'hostilité à l'égard des accords des partenaires sociaux au sein de la Commission mais aussi les tensions et désaccords entre services concernés, la difficulté objective de la collecte d'informations de bonne qualité sur les conditions de travail dans des secteurs particuliers d'activité, et bien entendu, dans le cas de l'accord dans le secteur de la coiffure, la contradiction structurelle entre la logique d'une analyse objective et transparente et, dans le cas de l'accord du secteur de la coiffure, l'objectif à peine dissimulé de simple justification d'une option politique de refus arrêtée *a priori* (comme le confirme le fait que les Communications REFIT de 2013 et 2014 annoncent un refus avant même que l'analyse de cet accord soit achevée). Au regard des délais constatés, et de ce qui pouvait leur apparaître comme une stratégie de pourrissement de leurs dossiers, la ténacité des partenaires sociaux sectoriels concernés doit évidemment être relevée.

Pour la Commission, l'analyse des coûts et avantages attendus de la mise en œuvre des accords n'a pas pour objet l'amélioration de ces accords : car la Commission ne peut pas amender elle-même le texte de ces accords (même si elle peut évidemment attirer l'attention des signataires sur les imprécisions ou ambiguïtés de leur texte et leur suggérer de les corriger pour rendre leur texte applicable et donc recevable). Cette analyse a pour objet de donner à la Commission des éléments susceptibles de l'aider à décider de présenter ou non une proposition de mise en œuvre législative de ces accords. Cela traduit un changement important de point de vue quant à l'expertise et la responsabilité des organisations du dialogue social européen. Comme le soulignait la notion de double subsidiarité, le principe

même des dispositions relatives aux accords entre partenaires sociaux était que ceux-ci étant les plus proches des réalités économiques et sociales et des lieux et conditions de travail, ils pouvaient élaborer ensemble des réponses appropriées aux problèmes qu'ils constataient, en convenant de la répartition entre eux des coûts et avantages de la solution choisie et autant que possible — c'est l'objectif d'une négociation — en trouvant une solution « *win/win* » qui apporte quelque chose aux deux parties ; et dès lors qu'ils parvenaient à un accord, la Commission, puis le Conseil pouvaient étendre la portée de cet accord par la voie législative sur la base de la représentativité des signataires et de la confiance qu'ils pouvaient avoir dans l'efficacité du dialogue social et dans la capacité des partenaires sociaux à produire cette réponse appropriée, dont leurs affiliés supporteraient les coûts et recevraient les avantages. C'est pourquoi les propositions législatives de mise en œuvre des accords n'étaient pas alors soumises à une analyse d'impact. L'introduction de l'analyse des coûts et avantages de la mise en œuvre des accords atteste que cette confiance est rompue, ou ne suffit plus (et corrélativement que l'analyse des accords selon les critères énoncés dans la Communication de 1998 ne suffit plus) : la Commission considère qu'elle a besoin de vérifier (et de montrer au Conseil qu'elle a vérifié) que les partenaires sociaux n'ont pas, volontairement ou involontairement, négligé des coûts ou surestimé des avantages (quand bien même ils seraient les seuls à supporter ces coûts ou tirer parti de ces avantages), et elle ne fait plus crédit aux signataires d'être les mieux placés pour trouver une réponse appropriée, efficace et équilibrée à un problème. Bien entendu, cela est lié à l'évolution de l'approche de la Commission quant à l'utilité de la législation sociale : ce que la Commission ajoute désormais à l'analyse, ce sont des considérations de coûts — car elle voit dans la législation sociale des risques de coûts excessifs — et plus généralement ce qu'elle souhaite voir démontrer par l'analyse, c'est la nécessité d'une mise en œuvre *législative* des accords.

Les analyses d'impact menées sur les trois premiers accords montrent les limites et les contradictions de cette nouvelle approche. Sans grande surprise à dire vrai, les documents analytiques relatifs aux accords relatifs aux voies navigables et à la pêche (69) ont confirmé la pertinence de l'action européenne dans les domaines couverts par les accords, et la capacité des partenaires sociaux à élaborer une réponse appropriée aux problèmes dont ils s'étaient saisis : mais pour les partenaires sociaux concernés, le bilan de cet exercice est d'abord que la Commission leur a ainsi imposé des contraintes disproportionnées quant à la justification de leur accord et quant à la démonstration de sa qualité, et qu'elle a retardé de deux ans ou davantage la mise en œuvre de cet accord, sans autre valeur ajoutée que de se rassurer elle-même et/ou d'affirmer avec ostentation un pouvoir discrétionnaire qui est lui aussi perçu comme disproportionné. Étant donné la longueur de la procédure, et l'intensité des controverses auxquelles donnait lieu par ailleurs l'accord dans le secteur de la coiffure, les partenaires sociaux des secteurs de la pêche et des voies navigables ont pu penser qu'ils avaient été victimes de la sensibilité politique qu'avait pris, au cours des années 2012-2014, du fait même de ces controverses, le dynamisme législatif du dialogue social sectoriel. Mais l'évolution de la procédure d'examen des accords traduisait, au sein de la Commission, un changement d'approche à l'égard de l'ensemble des accords des partenaires sociaux, qui allait bien au-delà de la controverse relative à l'accord du secteur de la coiffure. Ce que suggère le traitement des deux accords des secteurs des voies navigables et de la pêche, par comparaison

avec la façon dont la Commission avait traité dans le passé d'autres accords concernant le temps de travail dans les secteurs des transports, ou l'adaptation du droit européen à une Convention de l'OIT, c'est qu'à compter de l'année 2012, la Commission n'a plus confiance dans la responsabilité et l'expertise des partenaires sociaux, et qu'elle entend prendre le contrôle des produits de la négociation collective au niveau européen (70). Et c'est aussi que l'enjeu est sans doute moins le contenu de tel ou tel accord particulier que la volonté de la Commission de conforter son objectif de limitation de l'expansion de la législation sociale en fragilisant ce qui devenait la source principale de cette expansion sous les Commissions Barroso, à savoir les accords des partenaires sociaux : d'où le rôle décisif joué, sur ces questions, par le Secrétariat général de la Commission qui portait cet objectif de limitation que venaient contrarier les développements du dialogue social sectoriel. Reste le paradoxe auquel a conduit l'introduction des analyses d'impact dans l'examen des demandes de mise en œuvre des accords des partenaires sociaux : là où ces analyses ont été menées à leur terme, elles ont conclu à la valeur ajoutée et à la pertinence des accords, et la Commission a finalement proposé au Conseil la mise en œuvre législative de ces accords ; en revanche, la Commission n'a pas mené à terme l'analyse de l'accord dans le secteur de la coiffure, qui symbolisait l'intrusion du dialogue social dans la production de la législation sociale européenne : la Commission a *de facto* préféré laisser le dossier s'enliser, et/ou « rejeter » l'accord sans attendre les résultats de cette analyse, comme si elle redoutait que ces résultats, s'ils étaient rendus publics, ne justifient pas (ou pas suffisamment) ce refus.

Les propositions de la Commission relatives à la mise en œuvre législative des accords des secteurs des voies navigables (2014) et de la pêche (2016) incluent le considérant standard selon lequel « la Commission a évalué les accords conformément à la Communication de 1998 ». Eu égard au processus d'examen décrit ci-dessus, cette affirmation peut étonner. Car en réalité, on l'a vu, ces accords ont été examinés selon une réinterprétation, par la Commission, des dispositions établies dans cette Communication de 1998, et les propositions législatives sont au demeurant accompagnées de documents des services de la Commission qui attestent de l'ampleur du changement d'approche (71). Mais il faut sans doute voir dans cette affirmation étonnante le symptôme de ce que la psychanalyse appelle un *déni de réalité*. Car si la Commission Barroso 2 s'est engagée dans une réinterprétation substantielle des dispositions des traités et de leurs modalités d'application, qui sera poursuivie sous la Commission Juncker, elle ne l'a pas reconnu et elle ne s'en est pas expliquée dans des documents publics, ni dans une concertation ouverte avec les partenaires sociaux européens. Cette réinterprétation a été largement improvisée, à compter de 2012, quand la Commission a voulu rejeter l'accord sur la coiffure et encadrer étroitement le développement de la négociation collective au niveau européen, en particulier parce que le dialogue social sectoriel pouvait contrarier le gel des ambitions de la Commission en matière de législation sociale. Elle a été appliquée *a posteriori* à des accords qui avaient été négociés et conclus en 2012, alors que prévalait encore l'interprétation passée (72). Mais avec la prise de fonctions de la nouvelle Commission, elle va être progressivement formalisée dans des procédures et des documents publics : le programme *Better Regulation* va renforcer les orientations adoptées sous la Commission Barroso 2 et fragiliser davantage encore la capacité de la négociation collective au niveau européen, de contribuer à la production de la législation européenne. (72).

3.4 2015 : La Commission Juncker et le « paquet *Better Regulation* »

Sous la Commission Barroso 2, les tensions entre la Commission et les partenaires sociaux européens, et notamment les syndicats européens, étaient allées croissant. Pour l'essentiel, ces tensions concernaient la réponse politique de l'Union dans son ensemble, donc d'abord du Conseil et des États membres, mais aussi de la Commission, à la crise au sein de la zone euro : les syndicats européens avaient fortement contesté la priorité donnée par le Conseil européen, et par la Commission, à la consolidation budgétaire et à la flexibilisation du marché du travail, leur approche néo-libérale des réformes structurelles nécessaires, le rôle de la Commission au sein de la « troïka » formée avec la BCE et le FMI auprès de la Grèce, et plus généralement l'action menée auprès des pays sous assistance (y compris la mise en question de la négociation collective dans ces pays). De son côté, la Commission avait souvent critiqué les partenaires sociaux pour ce qu'elle considérait comme leur incapacité ou leur refus de « prendre leurs responsabilités » quant aux réformes structurelles qu'elle estimait nécessaires, une incapacité ou un refus illustré, à ses yeux, par l'échec de la négociation sur le temps de travail, et l'aggravation des différends entre employeurs et syndicats sur la problématique de la flexicurité ainsi que sur les restructurations industrielles. D'où des tensions continues entre la Commission et les syndicats mais aussi entre la Commission et les partenaires sociaux dans leur ensemble, et même une exaspération mutuelle entre la Commission et les partenaires sociaux européens, la Commission reprochant aux partenaires sociaux de ne pas contribuer aux réformes en cours et les partenaires sociaux reprochant à la Commission de chercher à instrumentaliser le dialogue social européen en lui dictant un agenda de réformes, et ce faisant de porter atteinte à leur autonomie. Au regard de ces divergences de fond, les controverses relatives à la mise en œuvre des accords sectoriels n'avaient eu qu'une portée limitée : elles avaient certainement accentué les tensions entre les organisations interprofessionnelles, mais elles avaient bien davantage mobilisé les organisations sectorielles concernées que ces organisations interprofessionnelles.

Étant donné ces contentieux passés, l'installation de la Commission Juncker a été bien accueillie par les partenaires sociaux européens, et ce d'autant que le Président Juncker a annoncé dès son arrivée sa volonté de relance du dialogue social européen, concrétisée par la tenue d'une importante Conférence européenne le 5 mars 2015, puis la mise en place de groupes de travail chargés de préparer un futur accord sur le dialogue social entre le Conseil, la Commission et les partenaires sociaux européens. En outre, la Commission Juncker a très tôt infléchi certains aspects de la politique économique de l'Union, par exemple en matière d'investissement et à l'égard des pays de la zone euro qui étaient sous assistance, et elle a affirmé à travers diverses initiatives son attention à la dimension sociale de l'Union, notamment en insistant sur la notion de « triple A social », en relançant l'action de la Commission dans le domaine de la santé et de la sécurité au travail, puis en proposant l'affirmation d'un « Socle européen de droits sociaux », ce qui a été particulièrement apprécié par les syndicats européens.

Mais la Commission Juncker a aussi adopté, dès ses premiers mois d'activité, au printemps 2015, un ensemble de documents relatifs à l'action législative de la Commission. Ce « paquet », intitulé *Better Regulation* (73), est essentiellement basé sur les travaux et réflexions sur la « simplification » de la législation européenne menés sous la Commission Barroso 2, dont il peut apparaître comme la continuation et même l'amplification. Il a été essentiellement élaboré au sein des services de la Commission et notamment son Secrétariat général.

Better Regulation porte sur l'ensemble de l'activité législative de la Commission. Mais il inclut un certain nombre de dispositions qui concernent spécifiquement les partenaires sociaux et leur contribution à cette activité législative, et notamment les modalités d'examen par la Commission des accords conclus entre les partenaires sociaux européens, qui font l'objet d'un développement spécifique dans un document annexé au texte principal. Il offre ainsi une présentation de la réinterprétation par la Commission des dispositions relatives à la consultation et aux négociations des partenaires sociaux, et il rend ainsi publiques des orientations qui étaient plutôt restées à usage et diffusion seulement internes sous la Commission Barroso 2, par exemple en ce qui concerne les analyses d'impact et leur articulation avec les procédures de consultation et de négociation.

Pour tout lecteur familier des textes antérieurs de la Commission sur le dialogue social, la tonalité générale des sections de *Better Regulation* consacrées aux accords des partenaires sociaux est la *défiance* et la *suspicion* de la Commission à l'égard de l'intervention des partenaires sociaux européens dans le processus législatif, et plus exactement à l'égard de leur intervention sous la forme de l'éventuelle conclusion d'un accord dont ils demanderaient la mise en œuvre législative. Le texte rappelle que le Traité donne aux partenaires sociaux la possibilité de conclure des accords et reconnaît leur autonomie à cet égard. Mais précisément parce que cette autonomie implique la possibilité que les partenaires sociaux s'écartent de ce que la Commission considère souhaitable, il décrit comment la Commission peut et même comment elle doit encadrer ou guider autant que possible l'intervention des partenaires sociaux, et comment elle peut et doit évaluer les accords éventuels des partenaires sociaux pour s'assurer qu'ils ne s'écartent pas de ce qu'elle estime acceptable. Et même si ce texte n'est pas une Communication d'ordre général sur le dialogue social, on s'étonne de n'y trouver aucun encouragement ni aucun message positif à l'égard d'une implication active des partenaires sociaux dans le processus législatif européen, notamment via la négociation collective au niveau européen, ni même une simple référence factuelle à l'initiative de relance du dialogue social européen que vient d'affirmer le Président Juncker : à dire vrai, il apparaît plutôt comme un texte qui est vraisemblablement de nature à dissuader les partenaires sociaux de toute tentation de négociation qu'ils pourraient avoir, ou du moins comme un texte d'autodéfense de la Commission, par lequel elle entend se protéger du risque que représentent des accords dont l'initiative et le contenu échappent inévitablement à son contrôle.

Certes, le texte ne formule pas aussi expressément cette défiance : il affirme que la Commission respecte totalement l'autonomie des partenaires sociaux et qu'elle entend promouvoir pleinement le dialogue social. Et comme beaucoup de documents politiques analogues, il use à cet effet du jargon communautaire

et de ses euphémismes convenus (« *proportionate* » « *appropriate* », etc.), et des phrases qui se prêtent à toutes les lectures (« *better regulation principles must apply without prejudice to the role and autonomy of social partners* »). Mais en pratique, il tend à présenter l'intervention des partenaires sociaux dans le processus législatif comme l'intrusion dans ce processus d'un « corps étranger » qui peut en perturber le cours et il décrit donc les instruments dont se dotera désormais la Commission pour que l'intervention des partenaires sociaux reste autant que possible conforme aux orientations qu'elle a elle-même prédéfinies, ou pour disposer de la plus grande latitude politique dans l'examen, c'est-à-dire l'approbation, mais aussi le *rejet*, des accords des partenaires sociaux. Et par comparaison avec les textes antérieurs de la Commission sur l'espace ouvert à la négociation collective au niveau européen, et donc les accords conclus par les partenaires sociaux européens, le trait distinctif de la partie de *Better Regulation* qui est consacrée à ces accords est précisément l'affirmation selon laquelle *la Commission peut soit accepter soit rejeter ces accords*. C'est là une affirmation tout à fait inédite, et que l'on ne trouve dans aucune des Communications que la Commission a consacrées au dialogue social au cours des vingt années précédentes, et la présence dans le texte d'un mot aussi fort que celui de rejet contraste à l'évidence avec le recours systématique, dans le reste du document, aux euphémismes convenus relevés *supra*. Cela suggère que le message principal que la Commission entend communiquer ici est qu'elle considère désormais qu'elle dispose à cet égard de la plus grande latitude et d'un pouvoir proprement discrétionnaire puisque cette affirmation n'est pas accompagnée de la définition de critères stricts qui garantiraient que ce pouvoir ne peut pas être exercé abusivement (et pour la Commission, communiquer ce message est bien évidemment aussi une façon de dissuader les partenaires sociaux européens de simplement envisager de lui présenter un accord dont elle n'aurait pas prédéfini et guidé, par un encadrement préalable de la négociation, le contenu possible) (74).

En ce qui concerne la mise en œuvre des articles 154 et 155 TFUE, la Commission annonce d'abord un encadrement en *amont*, pour orienter d'éventuelles négociations : dans la continuité de ce qui avait été élaboré sous la Commission Barroso 2, il consiste à accompagner le texte de la deuxième phase de consultation, celle qui porte sur le contenu de l'initiative envisagée, par un « document analytique » décrivant notamment les problèmes à considérer, les objectifs à poursuivre, l'impact possible des mesures envisagées et la valeur ajoutée de l'action communautaire : même si le texte précise que, « pour préserver l'autonomie des partenaires sociaux », ce document analytique « ne décrira pas *l'option politique préférée* [de la Commission] » qui résulte de cette analyse, il s'agit d'un véritable balisage en *amont*, par la Commission, de ce que les partenaires sociaux pourraient inclure et conclure dans une éventuelle négociation. Et on sait qu'un tel balisage peut tout simplement décourager ou dissuader toute négociation, puisqu'il détermine et délimite à l'avance tout ce qui pourrait faire l'objet de cette négociation : comme on l'a dit plus haut, c'est précisément pour cela que la nouvelle formulation de l'article 154 ouvrirait la négociation dès la première phase, lorsque les parties à la négociation ont davantage de marge de manœuvre, parce que la Commission n'a pas encore encadré le champ de la négociation. Ici, la Commission fait l'inverse de ce qui avait été recherché à travers l'extension des possibilités de négociation établie par le projet de traité constitutionnel puis le

Traité de Lisbonne : elle ferme davantage le jeu en accompagnant le document de deuxième phase de consultation d'un document analytique expressément conçu pour encadrer plus encore que dans le passé l'espace des négociations.

Mais il y a aussi un encadrement en *aval*, pour juger les accords dont les partenaires sociaux demanderaient la mise en œuvre législative : il consiste en une « analyse d'impact proportionnée », qui doit « porter en particulier sur la représentativité des signataires, la légalité des clauses de l'accord, et le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité », ce afin de permettre à la Commission de décider l'acceptation ou au contraire le rejet de la mise en œuvre de l'accord. C'est une acception un peu étrange et confuse de la notion même d'analyse d'impact, puisque l'analyse d'impact ainsi décrite ne contient rien qui ferait référence à des impacts qu'il faudrait apprécier : au contraire elle porte sur des questions comme la représentativité ou la légalité qui n'ont rien à voir avec une analyse d'impact en tant que telle, fût-elle « proportionnée » (et faut-il le souligner, on ne voit pas très bien ce que vient faire ici cette notion d'analyse « proportionnée ») ; quant à l'analyse de la subsidiarité et de la proportionnalité, elle est mentionnée ici comme une analyse portant sur l'accord, alors qu'il avait été établi clairement dans la Communication de 1998, comme on l'a souligné plus haut, qu'elle doit concerner l'action européenne dans la matière couverte par un accord, et non l'accord lui-même, ce afin de respecter l'autonomie des partenaires sociaux. Le texte de la *Toolbox Better Regulation* ne propose pas une explication claire des raisons pour lesquelles il fait référence à cette notion d'analyse d'impact proportionnée mais cette confusion même signale que l'intention ici n'est sans doute que de regrouper sous un seul intitulé, et un seul document, lequel sera soumis à un examen par le *Regulatory Scrutiny Board* établi par *Better Regulation*, les analyses selon les divers critères que la Commission avait introduits dans les Communications sur le dialogue social dans lesquelles elle avait décrit les modalités selon lesquelles elle entendait apprécier les accords des partenaires sociaux européens : les critères d'examen des accords eux-mêmes (représentativité des signataires et légalité des clauses de l'accord, laquelle inclut l'absence de charges excessives sur les PME), et les critères d'examen de la justification et de la valeur ajoutée de l'action européenne dans le domaine couvert par l'accord, avec les notions de subsidiarité et de proportionnalité (mais la formulation de la *Toolbox* crée ici de la confusion en suggérant que ces critères seraient à appliquer à l'accord en tant que tel). On peut s'étonner que l'examen des accords au regard de la légalité et de la représentativité soient soumis au contrôle du *Regulatory Scrutiny Board*, car l'examen selon ces critères relève de méthodologies et de compétences tout à fait distinctes de celles dont relèvent les analyses d'impact et qui ne sont *a priori* nullement réunies dans la composition et le mandat de ce *Board* (75). Surtout, comme le texte souligne expressément que l'objectif de l'analyse d'impact proportionnée est de fournir à la Commission les éléments lui permettant de décider d'accepter ou de rejeter un accord, on doit considérer que la recommandation d'acceptation ou de rejet résultant de cet exercice dépendra essentiellement de la façon dont l'accord se conforme aux conclusions des analyses de subsidiarité et proportionnalité présentées lors de l'analyse d'impact préparée en aval de l'accord, ou dans le document analytique préparé en amont de la négociation, à l'occasion de la deuxième phase de consultation (ce document analytique doit précisément discuter de la valeur ajoutée d'une action européenne). Il est d'ailleurs indiqué

que l'analyse d'impact proportionnée doit se référer à ce document analytique antérieur, s'il existe, et ne pas répéter alors cette analyse, ce qui signifie qu'en ce cas, le risque de rejet affectera surtout les accords qui s'écarteraient du balisage proposé par ce document analytique en amont, ou ceux conclus dans le cadre de négociations qui n'ont pas été encadrées par un tel document.

Ce souci d'encadrement, et donc de fermeture des possibilités de négociation, est confirmé par l'affirmation selon laquelle les accords conclus à la suite d'une consultation seront désormais traités par la Commission comme des accords conclus à la seule initiative des partenaires sociaux « à l'exception des cas où la consultation aurait déjà inclus la production préalable d'un document analytique discutant la nécessité d'une action communautaire » (76). C'est ici encore une formulation étrange et un peu obscure (il aurait été beaucoup plus simple de parler des accords conclus à la suite d'une négociation engagée lors de la première phase de consultation), mais elle mérite qu'on s'y arrête, car elle illustre à nouveau la défiance de la Commission à l'égard d'une négociation entre les partenaires sociaux qui ne serait pas encadrée préalablement par la Commission.

Comme on l'a rappelé plus haut, la Communication de 1998 établissait une distinction entre les accords conclus à la suite de négociations engagées dans le cadre de la consultation (à cette date, la deuxième phase de consultation, celle portant sur le contenu de la proposition envisagée) et les accords conclus à la suite de négociations engagées en dehors de cette consultation, donc à l'initiative des partenaires sociaux : pour ces accords à l'initiative des partenaires sociaux, la Commission considérait qu'elle devait discuter de la pertinence d'une action communautaire puisqu'elle n'avait pas eu l'occasion de le faire à l'occasion de la présentation de ses documents de consultation. Or, le Traité de Lisbonne ayant autorisé des négociations dès la première phase de consultation, il a rendu possible que des négociations soient engagées dans le cadre de la procédure de consultation, mais lors de la première phase c'est-à-dire avant que la Commission ait confirmé, en lançant la deuxième phase de consultation, qu'une action communautaire lui paraissait souhaitable dans une matière donnée (ce que *Better Regulation* prévoit de développer à travers un document analytique accompagnant le texte de cette deuxième phase de consultation afin d'encadrer autant que possible le champ de cette consultation et, partant, le champ d'une éventuelle négociation). Comme on l'a dit plus haut, cette innovation du Traité de Lisbonne traduisait la volonté d'encourager les négociations entre les partenaires sociaux en n'en balisant pas à l'avance le champ et le contenu de façon détaillée, et elle répondait aussi à un souci de simplification lorsque la consultation et la négociation concernent des questions déjà traitées dans la législation européenne ou dans des documents d'évaluation de cette législation. En appliquant cette disposition, et même, comme on l'a vu, en anticipant, dans sa pratique, sa reconnaissance par le Traité, la Commission était parfaitement consciente d'élargir ainsi les possibilités de négociation ouvertes aux partenaires sociaux avant même qu'elle ait formellement conclu cet examen de l'orientation possible de l'action européenne qui est l'objet propre de la première phase de consultation : dans les documents de première phase de consultation, elle interrogeait ainsi expressément les partenaires sociaux sur leur intention de négocier ou non un accord. Mais *Better Regulation* restreint la portée de cette nouvelle disposition du Traité de Lisbonne, en affirmant que les accords résultant d'une négociation engagée avant que la

Commission ait produit son document analytique (donc à la suite d'une négociation engagée lors de la première phase de consultation) seront traités comme des accords conclus à la seule initiative des partenaires sociaux.

C'est là annuler purement et simplement la portée de la nouvelle formulation introduite par le Traité de Lisbonne : avant le Traité de Lisbonne, les partenaires sociaux avaient déjà la possibilité d'engager des négociations à leur initiative et ce à tout moment, donc y compris au cours de la première phase de consultation s'ils le souhaitent : si les négociations engagées dès la première phase de consultation conformément aux dispositions du Traité de Lisbonne sont seulement considérées comme des négociations engagées à leur initiative, on ne voit pas ce qu'apporte la nouvelle formulation introduite par le Traité de Lisbonne. Pour le dire autrement, *Better Regulation* abolit la distinction pourtant très claire entre un accord conclu à l'initiative des partenaires sociaux et un accord conclu dans le cadre du processus de consultation, et la remplace par la distinction entre un accord conclu dans un domaine balisé par un document analytique de la Commission et un accord conclu dans un domaine qui n'a pas été préalablement balisé par un tel document analytique : et alors que la formulation de l'article 154 établie par le Traité de Lisbonne permet aux partenaires sociaux européens d'engager indifféremment des négociations à l'occasion de la première ou de la deuxième phase de consultation, le rôle clé que donne *Better Regulation* à l'existence ou non de ce document analytique permet à la Commission de réintroduire dans l'analyse des accords une différence de traitement selon que les négociations conduisant à ces accords ont été engagées à l'occasion de la première phase ou de la deuxième phase de consultation, différence de traitement qui ne semble guère conforme à cette formulation de l'article 154 TFUE. Et la logique de *Better Regulation* conduit alors à une situation pour le moins étrange, où la Commission peut lancer une première phase de consultation sur un sujet donné (donc sans lui attacher un document analytique) et inviter expressément, dans le texte de cette consultation, les partenaires sociaux à considérer une négociation sur ce sujet à cette occasion, tout en affirmant dans *Better Regulation* qu'elle considérera par principe qu'une telle négociation serait engagée à leur seule initiative, ce qui revient à nier les avoir jamais invités à considérer une telle négociation !

On le voit, les formulations de *Better Regulation* sont très loin des encouragements de la négociation collective européenne que la Commission a énoncés pendant plus de vingt ans au nom de la double subsidiarité et de la confiance en la capacité des partenaires sociaux à contribuer à une intégration européenne équilibrée ! Le message délivré ici n'est pas, comme par le passé, que la Commission souhaite promouvoir l'implication active des partenaires sociaux dans la régulation des conditions de travail au niveau européen, ni qu'elle considère que la négociation entre les partenaires sociaux est le moyen le plus approprié pour régler les questions relatives à l'organisation du travail : il est qu'elle a établi les procédures nécessaires pour encadrer l'intervention éventuelle des partenaires sociaux dans le processus législatif européen, s'assurer que les partenaires sociaux européens ne soient pas en mesure de contrarier ses priorités ou ses orientations et se protéger des possibles effets indésirables (à ses yeux) de cette intervention éventuelle, que ce soit à leur initiative ou que ce soit même dans le cadre d'une consultation qu'elle aurait elle-même initiée. En d'autres termes, et cela est reflété dans la

phrase rituelle ou obsessionnelle selon laquelle elle peut soit accepter, soit rejeter un accord, la Commission considère qu'elle a toute latitude pour « rejeter » tout accord (et le texte n'indique même pas qu'elle aurait à en expliquer les raisons) : les développements de la négociation collective européenne doivent s'inscrire dans la vision de l'action européenne ainsi que dans les procédures établies par la Commission, et ne pas contrarier sa vision de cette action européenne de ses orientations, de ses instruments, et de son contenu.

Par là même, le message est aussi que la Commission entend gommer la spécificité de la procédure de mise en œuvre législative des accords pour en faire une simple variante de la procédure législative ordinaire, celle dont elle a l'initiative et qu'elle contrôle directement : alors que l'ensemble de la procédure relative aux accords est, comme on l'a vu, de nature particulière (notion de double subsidiarité, logique d'homologation d'un accord et non de législation proprement dite, impossibilité pour le Conseil d'amender le texte, Parlement seulement informé...), la Commission la soumet aux mécanismes généraux de préparation de la production législative européenne ordinaire (77). *Better Regulation* est d'ailleurs un document qui vise d'abord à déterminer des principes et des procédures valant pour l'ensemble de l'activité de réglementation de la Commission, et ensuite à assurer autant que possible l'application horizontale de ces principes et procédures. Il n'est donc pas étonnant que ce document n'ait pas fait l'objet d'une concertation préalable avec les partenaires sociaux européens, comme c'était le cas des Communications antérieures sur les dispositions des traités relatives au dialogue social. La partie de *Better Regulation* qui concerne le dialogue social ne doit pas être considérée comme une contribution à la promotion du dialogue social, mais plutôt comme un document qui explicite comment la Commission entend développer son activité législative en général, et comment elle entend, à cet égard, encadrer l'intervention des partenaires sociaux prévue par les traités et s'en protéger autant que nécessaire à ses yeux. Si *Better Regulation*, adopté en mai 2015, ne mentionne à aucun moment la relance du dialogue social européen annoncée par le Président Juncker deux mois plus tôt, ce n'est donc pas un hasard, et c'est plutôt le signe qu'il s'agit ici de développements qui répondent à des logiques politiques distinctes.

S'il s'agit de processus distincts, l'un apparaît cependant subordonné à l'autre aux yeux de la Commission : dans le cadre de la relance du dialogue social européen, la Commission n'a pas proposé aux partenaires sociaux d'examiner avec elle comment donner un nouvel élan à la négociation collective au niveau européen (comme on aurait pu s'y attendre, eu égard aux appels récurrents de la Commission, dans ses Communications passées, à la pleine utilisation des possibilités que le Traité ouvre à cette négociation collective) : elle leur a proposé de discuter d'une « meilleure articulation » (« *a clearer relation* ») entre leurs accords et *Better Regulation*. On trouve un écho de cette discussion dans la Déclaration quadripartite qui a été approuvée le 27 juin 2016 par les partenaires sociaux interprofessionnels, la Commission et la Présidence néerlandaise du Conseil. Mais la Commission n'a pas obtenu des partenaires sociaux qu'ils approuvent l'agenda *Better Regulation*, et ses dispositions opérationnelles, et on ne saurait évidemment conclure de cette Déclaration que les partenaires sociaux interprofessionnels européens auraient accepté la réinterprétation par la Commission des dispositions du Traité relatives à la mise en œuvre des accords. Mais on peut certainement voir dans les travaux

préparatoires de cette Déclaration un effort de la Commission de chercher, sinon le soutien, du moins la neutralité des organisations interprofessionnelles dans les controverses relatives à l'article 155.2 TFUE, controverses qui concernent d'abord les accords conclus par des organisations sectorielles. (78).

La définition des modalités d'examen des accords dont les partenaires sociaux souhaitent une mise en œuvre législative est évidemment cruciale pour le dialogue social européen, tant au niveau interprofessionnel qu'au niveau sectoriel : à l'avenir, les partenaires sociaux ne s'engageront dans aucune négociation s'ils n'ont pas une information claire et précise sur les critères selon lesquels leurs éventuels accords seraient examinés par la Commission dans le cas où ils en demanderaient une mise en œuvre *erga omnes* (79). Or les textes récents décrits ci-dessus n'apportent aucune certitude ou garantie aux partenaires sociaux puisque leur raison d'être est d'abord, pour la Commission, de souligner — unilatéralement — qu'elle se donne toute latitude dans l'appréciation des accords et qu'elle se considère fondée à les rejeter à son gré. C'est évidemment un changement d'attitude considérable au regard de la lecture passée du texte des traités, et de la pratique qui avait été celle de la Commission pendant plus de quinze ans. Le principe même de la négociation collective au niveau européen se trouve ainsi fortement fragilisé. Au demeurant, le message de dissuasion que la Commission a ainsi diffusé a été parfaitement reçu par les partenaires sociaux européens : c'est à n'en pas douter l'une des raisons — même si ce n'est pas la seule — du déclin marqué du nombre de négociations en cours au sein du dialogue social européen, et notamment au sein du dialogue social sectoriel européen.

3.5 Les textes et les actes

Si la Commission a *de facto* réinterprété l'essence même et les implications des dispositions des articles 154 et 155 TFUE, et en particulier les modalités d'examen des demandes de mise en œuvre législative des accords conclus selon l'article 155.2, elle n'a pas pour autant proposé un texte de consolidation et de mise à jour de l'ensemble de ces modalités. En pratique, la partie du paquet *Better Regulation* de 2015 qui porte sur ces accords a simplement été superposée aux Communications antérieures de 2004, 2002, 1998, 1996 et 1993, alors même que l'esprit et la lettre de ces documents sont sensiblement différents : ces Communications antérieures délivrent des messages de confiance et d'encouragement de la négociation collective et de son potentiel législatif alors que le texte du paquet *Better Regulation* procède au contraire d'une logique de défiance et d'une volonté d'encadrement et de clôture de l'espace des relations conventionnelles. Et les implications concrètes de ces textes ne sont donc pas plus cohérentes. Rien d'étonnant donc si, au moins pour les partenaires sociaux qui ont conclu des accords, il est difficile de comprendre comment la Commission concilie son obligation de promouvoir le dialogue social européen et ce qui apparaît davantage comme une volonté de s'en défier ou de s'en protéger.

Mais la situation est plus confuse encore, car il ne faut pas seulement considérer ici les textes, mais les actes. Et il apparaît que dans les actes qu'elle a récemment posés à l'égard des partenaires sociaux à l'occasion de l'examen de leurs accords, la Commission ne s'est pas seulement affranchie de l'interprétation définie dans ses Communications passées : elle s'est parfois affranchie aussi des règles qu'elle venait elle-même de définir dans *Better Regulation*.

Depuis l'adoption de *Better Regulation* en mai 2015, la Commission a eu à examiner quatre demandes de mise en œuvre législative d'accords conclus par les partenaires sociaux européens, tous conclus dans le cadre du dialogue social sectoriel. Deux de ces accords avaient été conclus avant mai 2015, et leur examen avait donc été engagé sous la Commission Barroso 2 et selon la procédure incluant une analyse d'impact : l'accord conclu en 2012 dans le secteur de la pêche, relatif à l'adaptation du droit du travail européen à la Convention C188 de l'OIT, et l'accord conclu en mai 2012 dans le secteur de la coiffure, relatif à la santé et la sécurité au travail, dont l'examen avait été de fait suspendu par la Commission Barroso 2. En outre, deux accords ont été conclus après mai 2015, et leur examen a donc été engagé selon la procédure de *proportionate impact assessment* décrite par *Better Regulation* ; l'accord conclu en décembre 2016 dans le secteur du transport maritime, visant à adapter le droit du travail aux amendements apportés en 2014 à la Convention C186 de l'OIT, et l'accord conclu en décembre 2015 dans le secteur des administrations centrales, relatif à l'information et la consultation des travailleurs ; par ailleurs, en 2016, les partenaires sociaux du secteur de la coiffure ont fortement révisé et simplifié leur accord de 2012, et l'ont soumis à la Commission, ce qui impliquait que cet accord révisé soit examiné selon les dispositions de *Better Regulation*.

Parmi les quatre accords précités, deux concernent l'adaptation du droit du travail européen aux dispositions d'une convention de l'OIT, celui conclu en 2012 dans le secteur de la pêche, et celui conclu en 2016 dans le secteur du transport maritime. Ce sont tous deux des accords qui ont été négociés et conclus à l'initiative des partenaires sociaux, donc formellement en dehors d'un processus de consultation au titre de l'article 154 TFUE. Mais comme on l'a souligné, la pertinence d'une action européenne en ce domaine n'a jamais fait le moindre doute, ni pour l'un, ni pour l'autre. Mais l'accord conclu dans le secteur de la pêche a donné lieu à une très longue instruction au sein des services de la Commission, engagée au moment où celle-ci introduisait l'analyse d'impact dans l'examen des accords, et poursuivie après l'adoption de *Better Regulation* et donc selon ses nouvelles procédures : d'où une proposition législative de la Commission qui n'a été présentée qu'en 2016 (c'est-à-dire, au total, près de trois ans d'examen préalable à la proposition). Par contraste, l'accord conclu dans le secteur du transport maritime en décembre 2016 a fait l'objet d'une instruction d'une durée très courte, puisque la Commission a présenté une proposition législative en juillet 2017 (80). La Commission a en effet considéré qu'il n'était pas nécessaire de soumettre cet accord à la procédure de *proportionate impact assessment* établie par *Better Regulation* : il est vrai qu'il s'agissait seulement, avec cet accord, d'amender une directive antérieure, qui mettait elle-même en œuvre un accord des mêmes partenaires sociaux européens conclu en vue de l'adaptation du droit du travail européen à la Convention maritime de l'OIT. Il faut relever ici que la proposition législative de la Commission de juillet

2017 se réfère, comme les propositions antérieures, aux critères d'examen des accords présentés dans la Communication de 1988, et non à *Better Regulation*.

Quant à l'accord dans le secteur de la coiffure, il a continué à polariser l'hostilité de la Commission et de ses services. En novembre 2015, dans les illustrations d'une brochure d'information du grand public sur le programme *Better Regulation*, la Commission a une nouvelle fois utilisé la caricature (inventée) des hauts talons de l'accord du secteur de la coiffure pour vanter les mérites de son approche en matière de législation, ce qui a évidemment suscité la colère des signataires de l'accord. Le 23 juin 2016, les partenaires sociaux du secteur ont présenté une version révisée de leur accord de 2012 afin de le simplifier et de le centrer sur les aspects où sa valeur ajoutée n'est guère contestable. Mais depuis les prises de position du Président Barroso et sa reprise des caricatures des *tabloïds* britanniques, la Commission a semblé ne voir cet accord qu'à travers ces caricatures et elle n'a donc prêté que peu d'attention à son contenu. Au demeurant le Président Juncker a déçu les attentes de ceux qui espéraient de sa part une attitude plus ouverte que celle du Président Barroso en la matière : à l'occasion d'une intervention devant le Comité exécutif de la Confédération européenne des syndicats, le 7 novembre 2016, il a souligné sa conviction que l'Union ne devait pas s'occuper des « petites choses » dont traite l'accord, et repris lui aussi la référence caricaturale aux hauts talons des employés du secteur (81). Alors qu'en toute rigueur le dossier devait faire l'objet d'un *proportionate impact assessment* tel que décrit dans *Better Regulation* son examen est resté paralysé, comme si la préoccupation essentielle de la Commission était seulement d'éviter que ce contentieux sectoriel ne pèse trop sur le soutien des partenaires sociaux européens interprofessionnels, et notamment des syndicats, aux initiatives qu'elle développait par ailleurs dans le domaine social.

De même, l'examen de l'accord des partenaires sociaux du secteur des administrations centrales du 21 décembre 2015 n'a pas été effectué selon les modalités présentées dans le *package* du printemps 2015. Les partenaires sociaux ont demandé la mise en œuvre législative de leur accord le 1^{er} février 2016. La Commissaire Thyssen a accusé réception de cette demande en annonçant l'engagement d'une analyse d'impact proportionnée et en citant *verbatim* à ce sujet *Better Regulation* et son *Toolkit* consacré aux accords des partenaires sociaux. Mais en réalité, la Commission n'a pas effectué ni même réellement engagé le *proportionate impact assessment* annoncé. L'examen de la représentativité des signataires de l'accord a certes fait l'objet d'une étude d'Eurofound, et les signataires de l'accord y ont été associés conformément à la méthodologie standard d'Eurofound en la matière. Mais la Commission n'a pas transmis aux partenaires sociaux concernés une analyse écrite et détaillée de la légalité de l'accord, se limitant à communiquer oralement quelques observations provisoires et informelles et leur interdisant par là même d'en préciser ou adapter le cas échéant tel ou tel point problématique. Quant à l'analyse d'impact proportionnée dans son ensemble, et notamment la partie de cette analyse devant porter sur la pertinence de l'action européenne dans le domaine de l'accord, elle est pratiquement restée au point mort pendant près de deux ans. Il ne s'agit pas même ici d'un scénario d'enlisement comme cela avait été le cas pour l'accord dans le secteur de la coiffure à partir de 2012. Pour cet accord, on l'a vu, la Commission avait lancé le processus d'analyse en lien avec une équipe

de consultants spécialisés, et c'est ce processus qui avait été interrompu en 2014 en raison notamment de discussions entre les services concernés quant aux résultats de l'analyse et aussi de l'annonce par la Commission Barroso 2 qu'elle ne donnerait de toute façon pas suite à cet accord au cours de son mandat. Mais pour l'accord dans le secteur des administrations centrales, l'analyse d'impact proprement dite n'a pas même été engagée, comme si la Commission avait dès le départ considéré qu'elle n'y donnerait pas suite et qu'il n'était pas même nécessaire de l'instruire conformément aux modalités énoncées dans *Better Regulation* et rappelées dans la lettre précitée de la Commissaire Thyssen.

En réponse à une lettre des signataires qui s'inquiétaient de la situation à cet égard, la Commission a avancé qu'elle devait d'abord explorer « la faisabilité » d'une telle analyse. Et ultérieurement, dans le cadre de la procédure engagée devant la Cour de Justice, elle a expliqué que cette analyse n'avait pu être menée en raison de l'imprécision du texte de l'accord. Mais pour les signataires de l'accord, ces explications ne sont ni crédibles ni tenables. Soit il s'agit d'un mensonge délibéré pour essayer de justifier après coup que la Commission avait décidé dès 2016 de ne pas engager ladite analyse d'impact parce qu'elle n'entendait pas même instruire réellement le dossier, soit il s'agit d'une confusion qui traduit une atteinte au respect de l'autonomie des partenaires sociaux : car comme on l'a déjà souligné à plusieurs reprises, la Commission elle-même a précisé que l'analyse de la pertinence concerne le domaine concerné par un accord et non le contenu même de cet accord, et par voie de conséquence cette analyse peut donc être menée indépendamment de la précision ou l'imprécision de cet accord, dont le contenu n'importe pas en la circonstance : prétendre que l'imprécision d'un accord n'a pas rendu *faisable* cette analyse de la pertinence, c'est avouer que l'on ne respecte pas l'autonomie des partenaires sociaux (82).

Pour les signataires des accords des secteurs de la coiffure et des administrations centrales, il n'est évidemment guère acceptable que la Commission ne respecte pas, à l'égard de ces accords, la procédure d'examen qu'elle a elle-même définie (et tout récemment redéfinie, de façon unilatérale, pour s'assurer qu'elle réponde à toutes ses préoccupations). Et il est également incompréhensible que la Commission ait pu fuir toute communication avec eux à propos de ces accords pendant plusieurs années, et refuser de leur transmettre le résultat des analyses qu'elle a menées ou qu'elle prétend avoir engagées. Le contraste est en effet saisissant avec la pratique de la Commission à l'égard des signataires des accords conclus avant 2012, qui ont pour la plupart été présentés au Conseil en moins de six mois, un délai court que permettait précisément une communication directe et ouverte entre les partenaires sociaux et les services de la Commission. D'où, chez les partenaires sociaux concernés, le sentiment que la Commission a manqué ici à son obligation de promotion du dialogue social puisqu'elle se refuse même à simplement leur parler, voire qu'elle leur transmet des informations trompeuses sinon délibérément mensongères.

En janvier 2018, la Commission a invité les signataires des accords des secteurs de la coiffure et des administrations centrales à retirer leurs demandes de mise en œuvre *erga omnes* et à opter pour une mise en œuvre *inter partes* à travers des plans d'action qui seraient soutenus par une subvention du budget européen.

Cette proposition répondait certainement au souci de la Commission Juncker d'essayer de sortir de la contradiction dans laquelle elle se trouvait, le blocage sinon le pourrissement de ces deux dossiers contrastant fortement et négativement avec ses actions relatives au dialogue social et à la reconnaissance d'un Socle de droits sociaux. Mais si toute initiative de la Commission permettant de restaurer la communication qu'elle avait rompue avec les signataires de ces accords ne pouvait qu'être favorablement accueillie, la proposition qu'elle a faite à cette occasion est une initiative totalement inédite et insolite dans le cadre du dialogue social européen : car la Commission avait toujours reconnu, et nul n'avait jamais contesté jusqu'alors, que la décision de mise en œuvre *erga omnes* ou *inter partes* d'un accord relevait intégralement de l'autonomie des partenaires sociaux et donc de leur seule décision, sans aucune possibilité d'interférence de la Commission (83). Et le fait que la Commission inclue un *deal* financier dans sa proposition ne pouvait qu'ajouter à l'étrangeté de cette initiative.

Les organisations signataires de l'accord dans le secteur de la coiffure ont engagé un dialogue avec les services de la Commission en vue de discuter de la possibilité d'un plan d'action, mais les organisations signataires de l'accord dans les administrations centrales ont refusé cette proposition de *deal*, et elles ont demandé une information et une documentation détaillées sur les résultats de l'analyse d'impact de la Commission. Par lettre datée du 5 mars 2018, la Commission leur a notifié formellement sa décision de rejeter leur demande de mise en œuvre législative de leur accord. Cette lettre ne donne guère les raisons de la décision et en particulier elle ne fait pas état de conclusions étayées par un travail analytique nouveau ou une étude détaillée de la légalité de l'accord : elle indique essentiellement, de manière succincte, que la Commission considère qu'une proposition législative n'est pas appropriée eu égard aux responsabilités exclusives des États membres quant à la gestion de leurs administrations, et à la diversité des formes d'organisation de ces administrations dans l'Union. C'est à la suite de cette lettre que la principale organisation syndicale impliquée, EPSU, a engagé un recours devant la Cour de Justice européenne (84).

Il faut relever ici que la Commission a confirmé ensuite qu'elle n'avait guère d'objection quant au contenu de l'accord, dont elle était prête à soutenir et financer la mise en œuvre *inter partes*, et que son objection portait spécifiquement sur une mise en œuvre législative. Cela rappelle une nouvelle fois évidemment que toutes les controverses relatives aux accords des partenaires sociaux dont il est question ici portent en réalité sur le principe même selon lequel un accord des partenaires sociaux pourrait conduire à une législation européenne, ce qui est au cœur des dispositions du Traité sur le dialogue social.

Au demeurant, la Commission ne cache nullement que tel est bien le problème que lui pose l'article 155.2 TFUE : elle n'a évidemment nulle objection à ce que les partenaires sociaux concluent des accords qu'ils mettraient en œuvre de façon autonome (*inter partes*), et elle applaudirait sans doute si tous les signataires d'accords choisissaient cette modalité de mise en œuvre, quand bien même il en résulterait une mise en œuvre très inégale sur le territoire de l'Union ; en revanche, elle perçoit comme un danger toute négociation engagée avec la perspective d'une mise en œuvre législative et c'est cette partie-là de l'article 155.2 qui lui paraît

problématique, obsolète ou inutile et dont elle veut donc contrarier et décourager l'utilisation. On a dit que les partenaires sociaux européens avaient bien entendu le message d'hostilité à l'égard de leurs accords qui est contenu dans le texte de *Better Regulation*. Ils ont évidemment entendu aussi le message d'hostilité contenu dans les actes de la Commission : c'est à n'en pas douter l'une des raisons pour lesquelles le dynamisme du dialogue social sectoriel en la matière a pratiquement disparu.

Les signataires de l'accord relatif à l'information et à la consultation dans le secteur des administrations centrales n'ont pas manqué de relever que leur accord était rejeté au moment même où la Commission Juncker se félicitait de la proclamation du Socle européen de droits sociaux qui est, pour cette Commission, l'emblème majeur de ses efforts quant à la dimension sociale de l'Union. Car le Socle reconnaît expressément le droit de l'ensemble des travailleurs à l'information et à la consultation, à la fois ceux du secteur privé et ceux du secteur public, ce qui est un progrès significatif par rapport aux dispositions sur ce point de la Charte des droits sociaux de 1989, qui ne visaient que les travailleurs des entreprises (et c'était là l'une des raisons qui avait été invoquée pour que la directive relative à l'information et la consultation des travailleurs adoptée bien après cette Charte de 1989 n'inclue pas le secteur public dans son champ d'application [directive 2002/14/CE du 11 mars 2002]). Et c'est entre autres parce que l'évaluation des effets de cette directive avait souligné que cette exclusion n'apparaissait pas justifiée que la Commission avait inclus cette extension au secteur public dans le champ de la consultation des partenaires sociaux de 2015 qui a conduit à l'accord (85). Mais la Commission n'a pas saisi l'occasion de cet accord dans le secteur des administrations centrales pour commencer à couvrir le secteur public, ou pour proposer de donner suite à cet accord en élaborant une législation qui couvrirait à la fois les administrations centrales et les administrations locales et régionales, puisque le secteur public ne se limite évidemment pas aux administrations centrales. Dans le cas d'espèce, la Commission a argué au contraire que, quoi que dise le Socle, la promotion éventuelle de ces droits relevait de la seule responsabilité nationale et donc du bon vouloir de chaque État membre : pour la Commission, le problème était donc celui de la compétence de l'Union et c'est pourquoi la demande de mise en œuvre législative de l'accord des partenaires sociaux du secteur des administrations centrales devait être rejetée. Rien d'étonnant si les partenaires sociaux concernés ont vu dans cette décision le signe d'un double langage de la Commission.

Conclusion

Les dispositions des traités relatives à la création d'un espace de relations conventionnelles au niveau européen existent depuis quelque vingt-cinq ans. Dans cette étude, nous avons examiné dans quel esprit ces dispositions avaient été initialement conçues et comment elles avaient été mises en œuvre tout au long de ces vingt-cinq ans. Que retenir de cet examen ? D'abord qu'il y a eu pendant près de vingt ans un large consensus entre les institutions européennes et les partenaires sociaux européens quant à la valeur ajoutée de la négociation collective au niveau européen, et quant à ses modalités de mise en œuvre, mais que la Commission a procédé au cours des dernières années à une réinterprétation substantielle du sens et de la portée de ces dispositions. Ensuite qu'il n'est pas étonnant que cette réinterprétation ait été conflictuelle à bien des égards, et que sa légitimité soit contestée.

Une réinterprétation substantielle

Lorsque les dispositions relatives au dialogue social ont été introduites dans les traités, l'objectif poursuivi et partagé par tous les acteurs impliqués — institutions européennes, États membres et partenaires sociaux — était indubitablement d'ouvrir un espace à la négociation collective au niveau européen. Tout système de négociation collective implique que soient arrêtées des modalités de mise en œuvre des accords conclus, et le choix effectué dans les traités a été de permettre que les accords puissent non seulement être mis en œuvre *inter partes*, par leurs signataires et leurs affiliés, mais aussi que leur application puisse être rendue obligatoire *erga omnes* dans l'Union par une décision du Conseil, à la demande des signataires, selon un mécanisme d'extension et d'homologation qui était largement répandu, dans son principe, au sein des États membres d'alors (et qui reste largement répandu, même s'il l'est moins depuis les derniers élargissements).

L'introduction de ces dispositions dans les traités est indissociable du processus de structuration du dialogue social au niveau européen, lequel a longtemps mobilisé dans une étroite interaction la Commission et les partenaires sociaux européens. Et c'est l'objectif de promotion du dialogue social européen, d'abord reconnu comme un objectif de la Commission, puis comme un engagement de l'Union dans son ensemble, qui a présidé à la mise en œuvre de ces dispositions, et d'abord à la définition des modalités de l'application *erga omnes* des accords des partenaires sociaux européens, parce que c'était là l'innovation majeure qu'apportaient les dispositions des traités. Le dialogue social européen lui-même s'est développé dans ce cadre, grâce au dynamisme des partenaires sociaux, mais aussi au soutien

actif de la Commission, laquelle a pris une part décisive dans ce développement parce que la promotion de la dimension sociale de l'intégration européenne était une des conditions mêmes du progrès de cette intégration.

Les modalités retenues pour la mise en œuvre *erga omnes* des accords des partenaires sociaux européens n'ont pas donné lieu à controverse pendant près de vingt ans. Elles ont permis au dialogue social interprofessionnel ainsi qu'au dialogue social sectoriel de contribuer directement au développement de la législation européenne : une douzaine d'accords des partenaires sociaux européens ont ainsi été mis en œuvre par des directives européennes. Cela a été perçu par l'ensemble des institutions et des acteurs concernés comme la preuve du dynamisme des partenaires sociaux européens, mais aussi comme la preuve de l'efficacité du soutien que la Commission apportait au dialogue social, et de la légitimité et de la valeur ajoutée de cette forme tout à fait particulière de production de normes sociales au niveau européen. Tout au long de ces vingt années, les institutions européennes, et notamment la Commission, ont résolument encouragé la négociation collective au niveau européen ; elles ont accordé une primauté à cette négociation collective dans le développement des initiatives législatives relatives aux conditions de travail, et elles ont exprimé leur confiance en la capacité des partenaires sociaux européens à contribuer ainsi au processus d'intégration européenne : leur capacité, c'est-à-dire à la fois leur responsabilité collective, leur expertise des lieux de travail et des relations industrielles, et le potentiel de la négociation collective quant à la formulation de solutions appropriées aux problèmes relatifs aux conditions de travail. À dire vrai, s'il faut nuancer ce bilan positif, c'est surtout pour souligner qu'il n'y a eu qu'un nombre limité d'accords conclus, et rappeler que la Commission a souvent souligné que les partenaires sociaux européens n'utilisaient sans doute pas autant qu'ils le pouvaient les dispositions des traités relatives à la négociation collective au niveau européen, ce qui rappelle que le dialogue social se développe sur fond d'intérêts convergents mais aussi d'intérêts divergents entre syndicats et organisations d'employeurs, et que, tout au long de la période, la promotion de la dimension sociale de l'Union a évidemment connu des hauts et des bas.

Mais cette étude a aussi montré que la situation a changé radicalement, et que cela est essentiellement lié à la réinterprétation par la Commission des dispositions des traités relatives à la mise en œuvre législative des accords entre les partenaires sociaux, une réinterprétation qui est née de la redéfinition par la Commission des modalités d'utilisation de l'instrument législatif dans le processus d'intégration européenne, et dans la politique sociale européenne, mais qui a impliqué aussi une redéfinition par la Commission de ce que signifie pour elle la promotion du dialogue social européen.

C'est une réinterprétation qui est substantielle puisque la Commission n'encourage plus désormais la négociation collective européenne, du moins si elle peut conduire les signataires d'un accord à en demander la mise en œuvre législative : avec son initiative *Better Regulation* (2015), la Commission a instauré des procédures et développé des pratiques qui tendent à dissuader les partenaires sociaux de s'engager dans des négociations conduisant à des demandes de mise en œuvre législative. En outre, alors que la pratique constante de la Commission depuis 1993 avait été

de transmettre au Conseil, en vue de leur mise en œuvre *erga omnes*, les accords qui lui avaient été présentés, et alors qu'elle n'avait jamais utilisé le terme de *rejet* d'un accord au cours des nombreuses Communications qu'elle avait consacrées à la négociation collective européenne tout au long des vingt années précédentes, elle a alors affirmé qu'elle considérait disposer de toute latitude pour accepter ou rejeter ces demandes de mise en œuvre législative des accords (et ce faisant elle a introduit dans le vocabulaire d'usage courant au sein de la Commission cette notion, plutôt passionnelle, de rejet d'un accord). Et elle a d'ailleurs formellement décidé, début 2018, de refuser la demande qui lui avait été présentée en 2016 par les signataires d'un accord sur l'information et la consultation des travailleurs qui avait été conclu dans le secteur des administrations centrales. Un rejet qui est sans précédent dans l'histoire du dialogue social européen, à plus forte raison s'agissant d'un accord conclu dans le cadre d'une procédure de consultation initiée par la Commission, laquelle avait formellement interrogé à cette occasion les partenaires sociaux concernés quant à leur intention d'engager une négociation comme le Traité le leur permet.

Dans ce processus, il y a eu une grande continuité entre les Commissions Barroso 2 et Juncker, bien que ces deux Commissions successives diffèrent sensiblement quant au niveau et au contenu de leurs ambitions en matière sociale. En ce qui concerne la redéfinition des modalités d'utilisation de l'instrument législatif, la nouvelle Commission a poursuivi et amplifié les orientations développées par la Commission Barroso 2 : le programme *Better Regulation* s'inscrit dans la continuité de l'initiative *Smart Regulation* et il apparaît même plus restrictif et dissuasif quant au rôle des partenaires sociaux dans le processus législatif. Et si la Commission Juncker a affirmé sa volonté de donner un nouvel élan au dialogue social européen, elle a *de facto* gardé de la Commission Barroso 2 l'idée selon laquelle elle pouvait à la fois se dire pleinement engagée dans la promotion du dialogue social européen et choisir à son gré, parmi les produits de ce dialogue social, ceux qu'elle allait promouvoir et ceux qu'elle n'allait pas promouvoir, et même ceux qu'elle allait résolument décourager, caricaturer, ou combattre.

Une réinterprétation conflictuelle

Si la Commission Barroso 2 a procédé, à partir de la fin 2012, à la réinterprétation des modalités de mise en œuvre des dispositions des traités relatives aux accords des partenaires sociaux européens, c'est d'abord parce qu'elle était résolument engagée dans un processus de limitation drastique de l'utilisation de l'instrument législatif au niveau européen, et ce notamment dans le domaine social : c'est cette orientation de nature politique que venait contrarier le dynamisme législatif qui s'était manifesté dans quelques rares secteurs du dialogue social sectoriel européen où avaient été conclus des accords dont leurs signataires souhaitaient la mise en œuvre législative. À dire vrai, cela ne concernait que trois accords, conclus en 2012 dans les secteurs de la coiffure, de la pêche et de la navigation intérieure, et la conclusion de ces trois accords pouvait apparaître d'abord comme une expression d'une certaine vitalité au sein du dialogue social européen. Mais la Commission y a surtout vu le risque d'un dynamisme législatif qui mettrait en question le choix politique de limitation des ambitions législatives nouvelles de l'Union

dans le domaine social. Comme ces accords avaient été conclus à l'initiative des partenaires sociaux, et non à la suite d'une consultation initiée par la Commission, du moins du point de vue formel, celle-ci a considéré avec la plus grande suspicion les demandes de mise en œuvre législative de ces accords. Elle a modifié, pour les rendre plus sélectives et faciliter une décision de rejet, les modalités d'examen des accords qui avaient été définies lors de l'introduction dans les traités des dispositions relatives au dialogue social européen, et qui avaient été utilisées pendant près de vingt ans sans jamais donner lieu à controverse. La Commission a aussi reconsidéré l'ensemble des dispositions relatives à l'intervention des partenaires sociaux européens dans le processus législatif et elle a instauré en conséquence des procédures qui tendent à dissuader la négociation collective au niveau européen, du moins la négociation qui conduit à une demande de mise en œuvre législative d'un accord.

Dans ce processus de limitation drastique de toute ambition nouvelle en matière de législation sociale européenne, la Commission a évidemment agi sous l'influence du Conseil et des États membres, et notamment de ceux qui étaient les plus hostiles à la législation sociale européenne, et plus encore à son expansion. Mais elle a elle-même joué un rôle majeur dans la définition et la formalisation de cette orientation ainsi que dans sa promotion, au sein de ses services et dans ses relations avec les autres institutions européennes. Comme elle a considéré que cette limitation des ambitions nouvelles en matière de législation sociale pouvait être contrariée par le dynamisme législatif du dialogue social européen, elle a joué également un rôle majeur dans la fragilisation de cet aspect de la négociation collective au niveau européen. Ainsi, étant donné que le Traité confère au Conseil le pouvoir de décider de la mise en œuvre législative d'un accord des partenaires sociaux européens, la Commission aurait pu soumettre les accords concernés au Conseil et laisser celui-ci accepter ou refuser cette mise en œuvre législative. Mais elle a considéré que les propositions de mise en œuvre *erga omnes* des accords devaient être considérées comme des propositions législatives ordinaires, qui relèvent donc de son entier contrôle, et elle a tenu à procéder elle-même au « rejet » des accords dont la mise en œuvre ne lui semblait pas justifiée, et d'abord le rejet de l'accord sur la santé et la sécurité au travail dans le secteur de la coiffure, qu'elle a elle-même érigé en symbole des initiatives des partenaires sociaux qu'il lui fallait rejeter (86).

Le résultat est une réinterprétation totale, et unilatérale, par la Commission, des dispositions relatives à la négociation collective au niveau européen, mais aussi une recomposition de certains des paradigmes qui sous-tendaient, dans le cadre du dialogue social européen, les relations entre la Commission et les partenaires sociaux.

Il n'est pas étonnant que cette réinterprétation ait été, et soit toujours, conflictuelle — le conflit en l'occurrence opposant essentiellement la Commission et les organisations syndicales, notamment les organisations sectorielles. Cette réinterprétation a d'abord été conflictuelle parce qu'elle a été engagée par la Commission à la suite de la campagne de dénigrement dont a fait l'objet l'accord conclu en 2012 dans le secteur de la coiffure, campagne de dénigrement qui a trouvé un écho et un appui au sein même de la Commission, et jusqu'à son Président : pour les partenaires sociaux concernés, il y avait quelques raisons de penser que la Commission

n'établissait de nouvelles modalités d'examen des accords que pour trouver une façon « acceptable » de rejeter formellement cet accord du secteur de la coiffure qui polarisait son hostilité; et le fait que le processus d'examen formel de cet accord n'ait pas été mené à son terme par la Commission conformément aux modalités qu'elle avait annoncées, et que ses documents-clés n'aient pas été rendus publics a renforcé les doutes quant à la régularité du traitement du dossier. Ce contexte d'hostilité a contribué à la détérioration des relations entre la Commission et les signataires de cet accord : corrélativement, l'abus par la Commission des caricatures de l'accord a été perçu, par les employeurs et les travailleurs de ce secteur, comme une expression de mépris (et à certains égards de mépris de classe) (87).

Mais les répercussions vont bien au-delà des controverses qui se sont développées autour de l'accord dans le secteur de la coiffure. Car la réinterprétation initiée par la Commission a porté sur l'ensemble de la négociation collective au niveau européen, dialogue social interprofessionnel et dialogue social sectoriel confondus, et elle a marqué en ce domaine une rupture fondamentale de la confiance entre la Commission et les partenaires sociaux européens, confiance qui avait été décisive dans l'invention du dialogue social européen. Concrètement, *Better Regulation* a établi des procédures qui institutionnalisent la défiance et la suspicion de la Commission à l'égard des partenaires sociaux et de leur rôle dans le processus législatif, et qui permettent donc à la Commission de se protéger de toute initiative des partenaires sociaux qui échapperait à son contrôle. Mais la Commission se donne ainsi un pouvoir discrétionnaire tel qu'il ne peut que dissuader les partenaires sociaux de s'engager dans une négociation collective au niveau européen, car aucune garantie ne leur est donnée quant au respect de leur autonomie (la Commission s'efforce au contraire d'encadrer autant que possible, en amont, le champ de toute négociation éventuelle) ni même quant à la prévisibilité, la régularité et la transparence du traitement par la Commission de leurs éventuels accords (l'expérience de l'examen des derniers accords a montré que la Commission ne respectait guère en la matière les procédures qu'elle avait elle-même établies).

La réinterprétation à laquelle la Commission a procédé n'a pas été portée par le souci de mieux promouvoir le dialogue social européen : elle exprime au contraire le souci, qui est désormais celui de la Commission, de se protéger de toute forme d'intervention des partenaires sociaux dans le processus législatif européen. C'est là en effet que s'est accrue la distance entre la Commission et les partenaires sociaux, notamment les syndicats, et surtout les organisations sectorielles. Alors que la vision désormais dominante, au sein de la Commission, est que les accords sectoriels européens sont une charge excessive et un facteur de rigidité qui pèsent sur la performance économique des entreprises et de l'Union, et qu'il faut donc travailler à l'allègement de la législation sociale plutôt qu'à son expansion, les syndicats continuent à y voir en premier lieu un instrument de promotion d'une intégration européenne équilibrée, qui protège les travailleurs et réduit les disparités au sein de l'Union. Qui plus est, c'est là aussi que sont marqués les différends entre la Commission et les partenaires sociaux quant à la définition de ce dont l'Union peut et doit s'occuper — les « petites choses » et les « grandes choses », pour reprendre le vocabulaire politique en usage au sein des institutions européennes : ici, le différend est d'autant plus sensible que les partenaires sociaux

et notamment les syndicats ne peuvent évidemment pas renoncer à s'occuper de certaines questions qui sont importantes à leurs yeux (par exemple la santé et la sécurité au travail ou les droits à l'information des travailleurs) et à utiliser pleinement à cet effet les articles des traités qui sont à leur disposition, au motif que l'Union, et la Commission prétendant agir au nom de l'Union, considéreraient ces sujets comme des petites choses. Et alors que le dynamisme du dialogue social sectoriel pouvait permettre à la Commission de manifester son attention à des aspects concrets des conditions de travail sur l'amélioration desquels il y avait un consensus entre employeurs et syndicats, son hostilité à l'égard de la législation l'a conduite à percevoir les accords sectoriels comme un danger et donc à préférer affaiblir le dialogue social plutôt que l'encourager.

Ces questions engendrent des différends majeurs entre la Commission et les partenaires sociaux, notamment les syndicats. Et bien entendu, le débat reste totalement ouvert quant à la légitimité de l'approche sélective et restrictive adoptée par la Commission : si la Commission veut choisir, au sein du dialogue social et de ses produits, ce qu'elle entend promouvoir et ce qu'elle entend combattre ou décourager, peut-elle encore prétendre promouvoir le dialogue social ? Si la promotion du dialogue social à laquelle le Traité fait référence se limite à la promotion de ce que la Commission veut bien promouvoir, est-ce encore la promotion du dialogue social ? Ou est-ce très exactement ce que l'on doit appeler une *instrumentalisation* du dialogue social par la Commission, et au service de la Commission ? Une instrumentalisation qui est par définition en contradiction totale avec le respect de l'*autonomie* des partenaires sociaux reconnue par l'article 152 TFUE, lequel est précisément l'article du Traité qui dispose que l'Union promeut le dialogue social européen.

Dans ce contexte, il n'est certainement pas sain que la réinterprétation de ces dispositions ait été une réinterprétation unilatérale de la Commission, effectuée par la Commission et pour la Commission, c'est-à-dire une réinterprétation qui n'a jamais été débattue avec les partenaires sociaux européens et qui a été expressément conduite par la Commission pour justifier sa prétention à disposer de la plus grande latitude à l'égard de la promotion du dialogue social : la Commission n'a d'ailleurs jamais reconnu expressément qu'elle avait ainsi fondamentalement réinterprété les dispositions des traités, et bien entendu elle n'a pas expliqué dans un document comment ou en quoi cette réinterprétation contribuait à mieux promouvoir le dialogue social européen (88).

Les développements examinés dans cette étude concernent un élément particulier du dialogue social européen et de la politique sociale européenne. Ils ne permettent donc pas de formuler des conclusions sur l'ensemble des réalisations et du bilan, en ces domaines, de la Commission Barroso 2 ou de la Commission Juncker. En particulier, en ce qui concerne la Commission Juncker, ils coexistent avec un certain nombre de développements politiques qui ont été et qui sont considérés positivement par les partenaires sociaux européens. Mais ils reflètent assurément des changements significatifs dans les relations entre la Commission et les partenaires sociaux, qui méritent d'être pris en considération.

Notes

(1) L'article 155.2 prévoit que la mise en œuvre des accords peut aussi intervenir « selon les principes et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres », c'est-à-dire par les actions volontaires des organisations signataires et de leurs affiliés, et sans obligation d'aucune sorte pour les États membres ou pour la Commission. Mais cette modalité de mise en œuvre *inter partes*, qui a aussi été utilisée par les partenaires sociaux pour certains de leurs accords, surtout à compter des années 2000, n'a guère donné lieu à controverses jusqu'à présent, quant à ses principes, avec la Commission.

(2) Schulten (2016).

(3) Cette contribution des partenaires sociaux est connue sous le nom d'« Accord du 31 octobre 1991 », et elle est unanimement considérée comme l'un des principaux textes fondateurs du dialogue social européen, voire le plus important de ces textes fondateurs eu égard à sa reprise *verbatim* dans les dispositions des traités. Sa genèse montre que le dialogue social européen est une invention *conjointe* de la Commission et des partenaires sociaux.

(4) L'accord sur le congé parental (1996) concerne une question qui avait fait l'objet d'une proposition législative de la Commission en 1983, proposition qui était restée bloquée au sein du Conseil depuis cette date en raison d'un *veto* britannique. Les accords relatifs au travail à temps partiel (1997) et aux contrats de travail à durée déterminée (1999) concernent des formes de travail que l'on appelait alors « atypiques » et qui avaient fait l'objet d'une proposition législative de la Commission en 1990, mais celle-ci était également bloquée depuis au sein du Conseil (COM(90) 228 final du 29 juin 1990). Ces diverses propositions reposaient sur des bases légales de portée limitée et qui imposaient l'unanimité, notamment l'article 118 A, et elles se trouvaient donc bloquées dès qu'un État membre (habituellement le Royaume-Uni) leur opposait son *veto*. Le déblocage législatif de ces dossiers par la mise en œuvre *erga omnes* des accords entre les partenaires sociaux ne s'explique donc pas seulement par la qualité du contenu de ces accords, mais aussi par la nouvelle configuration juridique que met en place le Traité de Maastricht : la base légale de l'action législative en matière sociale devient l'article 2 de l'Accord sur la Politique sociale, la proposition législative de la Commission est présentée au Conseil conformément à l'article 4 de cet Accord, et l'adoption intervient à la majorité qualifiée des onze États membres ayant approuvé cet Accord (donc sans le Royaume-Uni). Les accords sur le temps de travail dans les secteurs du transport maritime (1998), de l'aviation civile (2000), du rail (2004), et plus tardivement des voies navigables (2012) concernent des secteurs qui avaient été délibérément exclus du champ de la directive sur le temps de travail de 1993 (93/104/CE), en raison de la complexité de la situation des personnels mobiles de ces secteurs en ce qui concerne le temps de travail (la directive 93/104/CE était également basée sur l'article 118 A, au nom de la protection de la santé et la sécurité au travail, et son adoption avait été difficile, l'accord du Royaume-Uni n'ayant été obtenu qu'à la condition que la directive prévoie des possibilités d'*opting out*).

(5) Le dialogue social européen a été abordé dans de nombreuses Communications entre 1993 et 2004, qui délivrent toutes un message d'encouragement de la négociation collective au niveau européen, y compris l'utilisation des dispositions des traités qui rendent possible la mise en œuvre des accords entre partenaires sociaux via la législation européenne : COM(93) 600 final du 14 décembre 1993; COM(96) 448 final du 18 septembre 1996; COM(98) 322 final du 20 mai 1998; COM(2002) 341 final du 26 juin 2002; COM(2004) 557 final du 12 août 2004. En outre, un Document des Services de la Commission a été consacré au dialogue social sectoriel européen en 2010 : SWD(2010) 964 du 22 juillet 2010.

(6) L'accord sur les droits à l'information et à la consultation des fonctionnaires et employés des administrations centrales a été conclu le 21 décembre 2015 entre TUNED (Trade Union's National and European Delegation) et EUPAE (European Public Administration Employers). Le recours devant la Cour de Justice de l'Union européenne a été introduit par EPSU (European Federation of Public Service Unions), qui est la principale organisation syndicale au sein de la plateforme TUNED (*Affaire T 310/18*). La mise en œuvre législative d'un accord des partenaires sociaux européens avait fait l'objet d'un recours de la part d'une organisation d'employeurs en 1996, recours à l'encontre du Conseil (*Affaire T 135/96 UEAPME/Conseil*).

(7) Le « Rapport sur les relations industrielles en 2012 », présenté par la Commission au printemps 2013 (Commission européenne 2013), établit un lien direct entre la campagne de contestation de l'accord du secteur de la coiffure et l'ouverture d'une réflexion au sein de la Commission sur les critères d'examen des accords des partenaires sociaux (page 207). Les risques relatifs à la santé et la sécurité au travail dans le secteur de la coiffure ont fait l'objet de nombreux travaux scientifiques, et ils sont attestés dans des publications de l'Organisation mondiale de la Santé, de l'Organisation internationale du Travail, et de l'Agence européenne pour la santé et la sécurité au travail (OSHA). Ces risques concernent notamment les affections dermatologiques, respiratoires et musculosquelettiques. La négociation de l'accord par les partenaires sociaux a été précédée d'un travail en commun des partenaires sociaux européens du secteur et d'une équipe scientifique de l'Université d'Osnabrück, qui a été effectuée dans le cadre d'un projet soutenu financièrement par la Commission et qui a contribué à la préparation de cet accord. Pour une publication de synthèse, voir : OSHA (2014). Sur l'accord relatif au secteur de la coiffure, voir notamment : Bandasz (2014), Vogel (2018) et Dorssemont *et al.* (2018).

(8) Le déclin de la législation sociale européenne sous les deux Commissions Barroso (2004-2014) est bien illustré dans l'analyse quantitative présentée récemment par Christophe Degryse et Philippe Pochet (Degryse et Pochet 2018). De nombreux facteurs peuvent expliquer la mise en question de la pertinence de la législation européenne en général, et de la législation sociale en particulier dans les années considérées. Sans être exhaustif, citons d'abord les facteurs tendant à invalider les régulations publiques supranationales et/ou européennes et à valoriser au contraire les régulations nationales au nom de considérations relatives à la subsidiarité et à la proportionnalité : cela inclut le développement de l'eurosepticisme et le renouveau de forces politiques et/ou de doctrines

nationalistes ou souverainistes, mais aussi les effets de la distance croissante entre les élites qui peuvent tirer parti de la mondialisation et de l'internationalisation et la masse des citoyens qui n'en connaissent que les effets de précarisation ; cela inclut aussi la complexification de la gouvernance européenne suite aux élargissements de 2004/2007 et à l'augmentation considérable des disparités politiques, économiques et sociales au sein de l'Union. Ensuite, les facteurs tendant à invalider l'instrument législatif comme tel et à valoriser au contraire les effets du jeu des marchés ou de politiques d'incitation dites de « soft régulation » : cela inclut le développement hégémonique des analyses et thèses libérales parmi les élites politiques, les administrations, les entreprises, certains segments de la société civile et les divers lieux de production intellectuelle ou culturelle, et cela est aussi lié au développement des inégalités, aux intérêts propres des bénéficiaires de ce développement, et au *lobbying* intense exercé pour promouvoir ces analyses et thèses libérales. Enfin, les facteurs mettant en question la légitimité de politiques et de législations dans le domaine social à partir de considérations d'efficacité, ou de rapport coût-efficacité, ou au nom de priorités politiques à accorder, temporairement ou durablement, à d'autres domaines et/ou institutions et acteurs, par exemple la réduction des dépenses publiques. Bien entendu, ces divers facteurs peuvent se conjuguer et se renforcer mutuellement, et leurs effets sur les ambitions de la politique sociale européenne dépendent des rapports de force au sein des institutions européennes.

(9) Les relations entre les gouvernements et les partenaires sociaux, et entre les partenaires sociaux eux-mêmes, employeurs et syndicats, se sont fortement détériorées au tournant des années 2000 et 2010, au niveau de l'Union et dans la plupart des États membres. Lorsque la crise économique de 2008 a atteint les pays européens, l'Union et les États membres ont mis en place des politiques de sauvetage des banques, de préservation de l'emploi et de relance de l'activité ou d'amortissement de la récession qui ont reçu un large soutien des partenaires sociaux européens et nationaux. Mais dans un second temps, l'explosion des dettes publiques a conduit l'Union et les États membres à développer des politiques d'austérité, ce qui a rompu le consensus entre gouvernements et partenaires sociaux, et développé les tensions entre gouvernement et syndicats, d'autant que la baisse des dépenses publiques, et notamment des dépenses sociales, s'accompagnait de la progression du chômage et des inégalités. Lorsque la crise économique a conduit à la crise de la zone euro, l'Union et les États membres ont mis davantage encore l'accent sur les mesures d'austérité, et aussi sur la flexibilisation des conditions de travail, notamment dans les pays recevant une assistance des autres pays de la zone euro : cela a fortement accru les tensions entre les institutions européennes et les syndicats, et accru également les divisions entre les partenaires sociaux. Étant donné le rôle de la Commission dans les mécanismes de surveillance au sein de la zone euro, et aussi au sein de la Troïka qui a supervisé, au nom des pays prêteurs, les réformes attendues des pays débiteurs, les relations entre la Commission et les syndicats se sont très fortement dégradées au cours de cette période, et les syndicats ont en particulier dénoncé l'action de la Troïka et les réformes qu'elle a encouragées ou imposées en ce qui concerne les relations industrielles (décentralisation de la négociation collective, dénonciation d'accords relatifs aux salaires, etc.). En outre, toujours au cours de cette période, les relations entre la Commission et les syndicats se sont détériorées en raison de

l'engagement, par la Commission, de son programme de réévaluation de l'utilité de la législation européenne, et entre autres de la législation sociale (information et consultation des travailleurs et santé et sécurité au travail), un programme dans lequel les syndicats ont vu un risque de régression sociale.

(10) Entre 1985 et 1994, le droit européen du travail s'est enrichi de 32 actes législatifs, dont 24 nouvelles directives et 8 révisions. Entre 1995 et 2004, il s'est enrichi de 38 actes législatifs, dont 23 nouvelles directives et 15 révisions ou extensions géographiques. Entre 2005 et 2014, il ne progresse plus que de 13 actes législatifs, dont 7 nouvelles directives et 6 révisions. Et parmi ces 7 nouvelles directives, deux sont l'aboutissement de négociations institutionnelles engagées avant 2005, et quatre mettent en œuvre des accords des partenaires sociaux européens. À compter de 2005, le droit européen du travail ne s'étend donc pratiquement plus, sinon par les accords des partenaires sociaux européens, et notamment du dialogue social sectoriel, qui deviennent ainsi sa principale source d'expansion, voir Silva (2015).

(11) La relance du dialogue social européen annoncée par le Président Juncker en 2015 a été d'autant mieux accueillie par les partenaires sociaux européens que leurs relations avec la Commission s'étaient très fortement détériorées sous la Commission Barroso 2. La notion de relance du dialogue social contenait évidemment une référence au lancement du dialogue social européen par le Président Delors en 1985 dont l'année 2015 marquait le trentième anniversaire, et, pour la plupart des partenaires sociaux européens, les années des Commissions Delors sont celles de la Charte des droits sociaux et de la dimension sociale du marché intérieur, donc « l'âge d'or » du dialogue social européen (*a contrario*, le discours dominant de la Commission Barroso 2 et de son administration considérait qu'il s'agissait là d'un temps révolu). Le parcours personnel du Président Juncker a évidemment contribué aussi à cet accueil positif, notamment son rôle au sein du gouvernement luxembourgeois puis à la tête de ce gouvernement dans les années de construction de l'Europe sociale.

(12) Dans ses Communications REFIT du 2 octobre 2013 (COM(2013) 685 final) puis du 18 juin 2014 (COM(2014) 368 final), la Commission Barroso 2 a indiqué qu'elle avait décidé de ne pas présenter, « au cours de son mandat », une proposition de mise en œuvre législative de cet accord sur la santé et la sécurité au travail dans le secteur de la coiffure. La formulation de cette décision est ambiguë, ce qui est évidemment le signe de tensions au sein du Collège et entre les services, tensions qui ont imposé des rédactions de compromis qui se prêtent à plusieurs lectures. Le texte de la Communication de 2013 précise, dans une note infrapaginale que la Commission est obligée d'analyser l'accord des partenaires sociaux et d'informer les signataires de sa décision, qu'elle continuera à analyser cet accord et qu'elle ne présentera pas de proposition de mise en œuvre au cours de son mandat (note 14 p. 8). On peut lire dans cette formulation la description de séquences successives dans le travail d'analyse en cours et à venir, qui ne préjuge en rien des conclusions de cette analyse (sinon pour signaler que la Commission Barroso 2 ne considère pas que le dossier mériterait plus de célérité...); on peut au contraire y lire une décision de substance de la Commission Barroso 2 sur l'accord considéré, au moins implicite, et ne fût-ce que parce que la Commission Barroso 2

tient au moins à faire ainsi savoir expressément qu'elle a décidé de ne pas présenter une proposition sous son mandat, (alors qu'elle pouvait se limiter à constater que l'analyse est en cours). Le texte de la Communication de 2014 confirme que la Commission Barroso 2 ne présentera pas de proposition sous son mandat, sans reprendre les éléments de calendrier de travail indiqués en 2013. Si la bonne lecture est qu'il s'agissait d'une décision de substance, alors la Commission n'a pas respecté son obligation d'informer immédiatement les signataires des raisons de sa décision, obligation qui est clairement formulée dans la Communication COM (93) 600 final du 14 décembre 1993 relative aux dispositions du Traité sur le dialogue social, et qu'elle n'ignorait évidemment pas puisqu'elle l'a rappelée dans son texte de 2013. Au sein des services de la Commission, la formulation retenue a certainement été entendue comme l'expression claire d'une intention de refuser la mise en œuvre de l'accord (impliquant, pour les services concernés, une invitation à ce que l'analyse de l'accord conduise à la conclusion qu'il n'y avait pas lieu de donner une suite favorable à la demande de mise en œuvre législative de cet accord) bien que cela contredise évidemment l'affirmation selon laquelle l'objet de l'analyse de l'accord est d'éclairer en toute objectivité et toute transparence la décision de la Commission, ce qui interdit que ladite décision soit prise avant que l'analyse soit achevée et que les conclusions de l'analyse soient en quelque sorte dictées à l'avance.

(13) L'énoncé selon lequel *la Commission peut accepter ou rejeter* un accord (et la demande de mise en œuvre législative de cet accord) est l'énoncé le plus emblématique de la réinterprétation, par les Commissions Barroso 2 et Juncker, des dispositions des traités relatives aux accords des partenaires sociaux. C'est un énoncé que l'on ne trouve à aucun moment dans aucune des Communications que la Commission a consacrées au dialogue social européen depuis 1993, et l'utilisation de la notion très connotée de *rejet* signale à elle seule l'étrangeté d'un tel énoncé dans le discours d'une institution telle que la Commission. Cet énoncé apparaît publiquement sous la Commission Barroso 2 dans le *Staff Working Document* accompagnant la proposition de la Commission relative à la mise en œuvre de l'accord sur le temps de travail dans le secteur des voies navigables (SWD(2014) 226 et 227 du 7 juillet 2014). Il sera repris ensuite, *verbatim*, dans les documents du programme *Better Regulation* adoptés sous la Commission Juncker en mai 2015 (COM(2015) 215 final et SWD(2015) 110 et 111 du 19 mai 2015 : « *Since the Commission cannot amend the text of the agreement but only accept or reject it* »), et donc dans les documents adoptés à la suite de *Better Regulation* (par exemple, SWD(2016) 144 du 29 avril 2016 concernant l'accord sur la mise en œuvre de la Convention de l'OIT sur le travail dans le secteur de la pêche). La nouveauté de cet énoncé puis sa récurrence dans ces documents soulignent son importance centrale dans la réinterprétation des dispositions du Traité, et il est dès lors impossible de ne pas y voir un énoncé soigneusement et délibérément choisi. Mais c'est un énoncé qui peut aussi être considéré comme discutable, et qui apparaît au demeurant comme un symptôme de la forme d'hostilité qui s'est développée, au sein de la Commission autour des accords des partenaires sociaux européens. Trois points doivent être ici soulignés. D'abord, l'utilisation du mot *rejet*, qui a une connotation agressive, dépréciative ou passionnelle, plutôt que l'utilisation d'un terme plus neutre comme le mot *refus* par exemple, ou encore l'utilisation d'une périphrase euphémisée comme on les trouve habituellement dans des documents

comparables ; il y a dans ce mot une dimension d'hostilité, et on peut en conclure que soit la Commission a voulu faire passer un message d'hostilité, soit il s'agit d'une forme de lapsus — lequel délivre évidemment le même message et souligne qu'en l'occurrence l'hostilité est telle que nul ne s'est rendu compte qu'elle était ainsi exprimée. Ensuite, le caractère pour le moins confus de la formulation utilisée dans *Better Regulation* et sa *Toolbox* (« *since the Commission cannot amend the text of the agreement but only accept or reject it* »), formulation selon laquelle la Commission accepterait ou rejetterait donc *le texte* de l'accord, voire *l'accord* lui-même, alors qu'elle doit se prononcer exclusivement sur la *demande* de mise en œuvre législative de l'accord et non sur le texte de cet accord ou sur cet accord en tant que tel. Enfin, quoique la question fasse l'objet de débats parmi les juristes et les experts, il y a le caractère discutabile et trompeur d'un énoncé qui suggère que la Commission aurait toute latitude pour choisir entre acceptation et rejet, comme s'il s'agissait là de deux options également ouvertes, alors que de nombreux experts considèrent que cela ne peut pas être le cas s'agissant d'un choix que la Commission ne peut faire qu'en respectant pleinement l'article 152 TFUE et l'obligation de promouvoir le dialogue social au niveau européen, laquelle est une obligation pour l'Union et donc pour la Commission, qui ne peut s'y soustraire : c'est pour cela qu'il peut être avancé que le choix ici ne peut être discrétionnaire et qu'il doit être fondé sur des conditions et des critères définis limitativement, motivé par des raisons précises et cohérent avec cette obligation qui résulte du Traité et dont la Commission ne peut donc s'exonérer à son gré (c'est pourquoi, dans les Communications passées, on ne trouve jamais cet énoncé : la Commission se limite à formuler les critères auxquels l'accord devrait satisfaire pour que sa mise en œuvre législative puisse être proposée au Conseil, critères dont la Commission doit évidemment vérifier qu'ils sont remplis par l'accord). Au-delà de ces observations, il faut situer dans son contexte le climat d'hostilité qui a entouré la réinterprétation par la Commission des dispositions du Traité relatives au dialogue social, et qui s'est manifesté au sein même de ses services au cours de l'examen des accords conclus en 2012. La Commission Barroso 2 a fait des agendas « *Smart Regulation* » puis « *Better Regulation* » une priorité majeure, qui devait être mise en œuvre par tous les services de la Commission sous l'autorité et la coordination de son Secrétariat général (au point de structurer l'organigramme du Secrétariat général autour des mots « *Better Regulation* »). Dans ce contexte, l'irruption des trois accords des partenaires sociaux sectoriels en 2012 a été perçue comme l'*intrusion* inattendue d'un « corps étranger » au processus législatif ordinaire et à cette réforme des modalités de l'action législative de la Commission. En outre, au sein d'une administration qui se voulait modernisatrice et qui était très largement acquise à la pensée néo-libérale, le dialogue social européen apparaissait lié à un autre âge, celui des Commissions Delors, ce qui était alors un repoussoir, et il n'est donc pas surprenant que l'idée même de refuser un accord, donc de créer un précédent, ait pu apparaître comme une contribution nécessaire à la modernisation de l'action de la Commission.

(14) La proclamation du « Socle européen des droits sociaux » a eu lieu à l'occasion du « Sommet social pour des emplois et une croissance équitables » qui s'est tenu à Göteborg le 17 novembre 2017. La Commission Juncker souhaitait que cette proclamation bénéficie du plein soutien des partenaires sociaux européens, et notamment de la Confédération européenne des syndicats (CES), et elle a différé

en conséquence l'annonce de son refus de donner suite aux accords des secteurs de la coiffure et des administrations centrales, refus qui ne pouvait évidemment que susciter le mécontentement des deux importantes fédérations de la CES impliquées dans ces accords (UNI-Europa et EPSU). C'est donc immédiatement après le Sommet qu'elle a invité les organisations signataires à participer à des réunions portant sur l'avancement de l'examen de ces accords. Au cours de ces réunions, le 17 janvier 2018, elle a informé les organisations concernées qu'elle ne donnerait pas une suite favorable à leurs demandes de mise en œuvre législative de ces accords et qu'elle les invitait en conséquence à retirer ces demandes et à opter pour une mise en œuvre *inter partes* de leurs accords. Ces propositions sont confirmées, dans le cas de l'accord conclu dans le secteur des administrations centrales, dans les documents soumis à la Cour de Justice dans le cadre de l'Affaire T-310/18.

(15) La définition d'un « Socle européen des droits sociaux » est l'une des grandes initiatives de la Commission Juncker et sa proclamation solennelle à Göteborg par le Conseil, le Parlement européen et la Commission a permis aux institutions européennes de réaffirmer l'importance qu'elles accordaient à la dimension sociale de l'intégration européenne. La préparation du Socle a donné lieu à une large consultation du Parlement européen, des partenaires sociaux et de la société civile, et le Socle a reçu à cette occasion un large soutien, et suscité aussi beaucoup d'attentes : mais s'agissant d'une déclaration de nature politique, sa portée effective reste encore incertaine à ce jour, d'autant que sa mise en œuvre est très largement laissée à l'initiative des autorités nationales et des partenaires sociaux. La Confédération européenne des syndicats s'est fortement mobilisée en faveur de ce Socle, qui lui semble pouvoir alimenter une dynamique en faveur de l'Europe sociale, bien que le texte adopté n'ait pas de caractère contraignant. Il est utile de rappeler ici que la proposition politique de mise en place d'un « socle européen de droits sociaux » a été avancée pour la première fois le 26 mai 1987 par le ministre belge des Affaires sociales, Michel Hansenne, qui présidait une réunion informelle des ministres du Travail (à l'époque, l'Europe des douze) : cette réunion avait lieu après l'entrée en vigueur de l'Acte unique et Michel Hansenne avait alors plaidé pour que la construction de l'Europe sociale soit basée sur un socle de droits sociaux accompagné par des conventions collectives européennes. Le Président Delors reprendra l'idée de socle de droits sociaux devant le Congrès de la CES de 1988 à Stockholm et la concrétisera dans la Charte des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989. Quant aux conventions collectives européennes, elles font l'objet de la présente étude.

(16) Si les dispositions du Traité relatives à la négociation collective au niveau européen sont directement issues de l'accord « historique » que les partenaires sociaux interprofessionnels ont conclu le 31 octobre 1991, et si le dynamisme législatif du dialogue social interprofessionnel a été important dans les années 1990, force est de reconnaître que ce dynamisme a brutalement décliné ensuite et qu'il est aujourd'hui extrêmement faible. Dans les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur du Traité de Maastricht et de son Accord sur la politique sociale, puis le Traité d'Amsterdam, les partenaires sociaux interprofessionnels européens ont conclu trois accords qui ont été mis en œuvre par des directives européennes : le congé parental (1994), le travail à temps partiel (1997) et les contrats de travail à

durée déterminée (1999); mais il y a eu ensuite une très longue période (2000-2019) au cours de laquelle ils n'ont plus été en mesure de conclure positivement une négociation interprofessionnelle conduisant à un accord mis en œuvre par la voie législative, si ce n'est, et non sans hésitations, celle conduisant à leur accord de 2009 sur la révision de la directive sur le congé parental, directive qui était elle-même basée sur leur accord de 1994 (et qui ne pouvait donc être amendée ou actualisée que par un accord mis en œuvre également par voie de directive). Au cours de cette longue période, il y a eu aussi deux négociations interprofessionnelles qui visaient à conclure un accord mis en œuvre par la voie législative, mais qui ont échoué (sur le travail intérimaire en 2002 et sur le temps de travail en 2012); et il y a eu quatre négociations réussies, mais qui visaient à établir des accords dits « autonomes », parce que leur mise en œuvre relève des organisations signataires et de leurs affiliés et n'est pas assurée par une législation européenne (accords sur le télétravail en 2002, le stress au travail en 2004, le harcèlement au travail en 2007, les marchés du travail inclusifs en 2010 et le vieillissement actif en 2017). Au total, et cela résulte notamment des fortes réserves des employeurs quant à la conclusion d'accords mis en œuvre par la législation, la capacité de production législative du dialogue social interprofessionnel aura été de quatre accords mis en œuvre par des directives européennes, dont trois accords qui datent des années 1990 (et dont le quatrième n'est que l'actualisation du premier). C'est aussi parce que le dynamisme législatif du dialogue social interprofessionnel avait considérablement décliné que la Commission a considéré que les partenaires sociaux interprofessionnels européens ne se mobiliseraient pas fermement et conjointement pour s'opposer à la réinterprétation de dispositions des traités dont ils étaient pourtant, sinon les auteurs, du moins les co-auteurs. Étant donné l'échec de la négociation sur le temps de travail en 2012, et les divergences entre employeurs et syndicats quant à l'utilité de l'instrument législatif au niveau européen, les partenaires sociaux interprofessionnels européens n'étaient évidemment pas dans la meilleure position pour agir ensemble en vue de préserver intégralement l'interprétation antérieure de ces dispositions.

(17) Voir par exemple Didry et Mias (2005) et Mias (2004). *L'invention* du dialogue social européen à compter de 1985 doit beaucoup à l'attachement personnel du Président Delors au dialogue social, attachement qui est lié à son itinéraire à la fois professionnel, idéologique et politique. Mais le soutien que les Commissions Delors ont accordé au dialogue social européen ne procède pas seulement des convictions personnelles du Président Delors ou de l'attachement de la plupart des membres de ces Commissions, généralement issus de la social-démocratie ou de la démocratie chrétienne européennes, aux valeurs communes du « modèle social européen ». Il correspond aussi à la nécessité politique, pour la Commission d'alors, de réunir le plus largement possible, autour du projet de grand marché intérieur, les forces économiques et sociales de l'Europe d'alors, y compris celles qui pouvaient craindre certains effets négatifs de l'ouverture de la concurrence au sein de ce marché et qui pouvaient contrarier le projet de grand marché en mobilisant leurs capacités de résistance ou de nuisance à l'égard de ce projet. Du côté des entreprises privées et de leurs salariés, la perspective du marché unique pouvait renforcer la croissance et l'emploi mais il y avait aussi la tentation, notamment au sein des petites et moyennes entreprises, de chercher à préserver des marchés nationaux et donc de s'opposer à la libéralisation de la concurrence. Quant aux entreprises publiques et

à leurs salariés, il était clair qu'ils allaient être les plus directement affectés par le projet de marché intérieur car celui-ci allait libéraliser les secteurs des transports, de l'énergie, des postes, des télécommunications, et de nombreux services, tous secteurs souvent dominés par des entreprises publiques en position de monopole, avec des salariés disposant souvent d'un statut de fonctionnaires et ayant aussi un taux élevé de syndicalisation, donc une grande capacité de résistance face au changement. Mettre en place le dialogue social européen, et inscrire ce dialogue social européen dans le projet plus large de la promotion de l'Europe sociale, c'était une façon d'associer ces acteurs au projet de marché intérieur et de réduire les résistances possibles à ce projet. *A contrario*, l'affaiblissement du mouvement syndical, et notamment la diminution de sa capacité de résistance aux processus de libéralisation économique, ont conduit ultérieurement la Commission et les États membres à considérer que l'Union pouvait réduire ses ambitions quant à la « dimension sociale » de l'intégration européenne, et réduire aussi son soutien au dialogue social européen,

(18) Outre les travaux de Didry et Mias (2005), voir Welz (2008) ; voir aussi les témoignages de Jean Degimbe (Degimbe 1999) et Jean Lapeyre (Lapeyre 2017), qui étaient alors respectivement Directeur général de la DG V [Emploi et Affaires sociales] de la Commission et Secrétaire général adjoint de la Confédération européenne des syndicats (CES).

(19) Schulten (2016).

(20) Commission européenne (1991).

(21) La Commission a considéré que la directive était la forme juridique la plus appropriée à la formalisation juridique de la mise en œuvre *erga omnes* d'un accord. Comme le rappelle l'Arrêt de la Cour dans l'Affaire T 135/96 UEAPME/ Conseil, le gouvernement allemand avait envisagé la possibilité d'une décision *sui generis* (point 45 de l'arrêt).

(22) Au sein de l'Europe des Douze de l'époque, le modèle danois de relations industrielles était particulier, et il était bien connu à l'époque des négociations que l'opinion publique danoise craignait que les avancées de l'intégration européenne ne viennent mettre en danger ce modèle : d'où l'attention accordée au sein de la CIG à la recherche de formulations qui pouvaient être acceptées par tous les États membres, y compris le Danemark. Le modèle danois de relations industrielles est caractérisé par des taux élevés d'affiliation aux organisations d'employeurs et de travailleurs, lesquels expliquent que l'applicabilité universelle des accords entre partenaires sociaux ait longtemps été reconnue de fait et par l'usage sans avoir à être confirmée par la loi. Il en est de même dans les autres pays scandinaves. C'est pourquoi les pays scandinaves ont été le lieu d'éclosion des controverses relatives à l'applicabilité des conventions collectives aux travailleurs détachés, lorsque le travail détaché s'est développé dans ces pays à la suite de l'élargissement de l'UE en 2004. Suite à l'accès des nouveaux États membres et de leurs entreprises à la libre prestation de services, cette question de l'applicabilité des conventions collectives aux travailleurs détachés a été posée devant la Cour de Justice européenne, qui a notamment conclu que l'applicabilité universelle devait être expressément établie

par la loi. Cela plaide évidemment pour que la mise en œuvre des accords entre partenaires sociaux soit garantie par une procédure d'extension législative.

(23) Jusqu'au début des années 2000, tous les accords conclus par les partenaires sociaux interprofessionnels donnent lieu à une demande de mise en œuvre législative, ce qui confirme que c'est là, aux yeux des partenaires sociaux, la voie privilégiée et la plus sûre de mise en œuvre de leurs accords. Au demeurant, si les partenaires sociaux européens ont travaillé intensément avec la Commission, dès leur Accord de 1991, à la définition des modalités de mise en œuvre *erga omnes* de leurs accords, ils n'ont guère consacré, dans cette période, la même attention à la modalité de mise en œuvre *inter partes* qui était aussi prévue dans cet Accord. C'est seulement au début des années 2000 qu'ils ont considéré la possibilité d'une mise en œuvre *inter partes* de certains accords, et ce pour deux raisons : d'une part, les réserves générales des employeurs à l'égard de la législation rendaient de plus en plus difficile la conclusion d'accords destinés à être mis en œuvre par voie de directive (d'où l'échec de la négociation sur les contrats de travail intérimaire) ; d'autre part, ces réserves des employeurs à l'égard de la législation devenaient pratiquement unanimes lorsqu'il s'agissait, pour les partenaires sociaux, d'aborder ensemble des questions qui impliquaient le recours à des notions dont la définition et la portée juridique pouvaient apparaître insuffisamment précises ou stabilisées ; ici, les employeurs refusaient la mise en œuvre législative des accords parce qu'ils craignaient que les incertitudes du vocabulaire donnent lieu à des conflits d'interprétation ultérieurs devant les juridictions nationales ou européenne. C'est en particulier le cas des accords sur le télétravail, puis le stress et le harcèlement au travail, qui ont donné lieu à la conclusion d'accords devant être mis en œuvre *inter partes*. Il est désormais d'usage de parler d'accords « autonomes » quand il s'agit d'accords qui sont ainsi mis en œuvre par les parties signataires et leurs affiliés « selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres » (art.155.2 TFUE) (le qualificatif « autonome » est alors lié à la procédure de mise en œuvre et non à l'initiative de l'accord, c'est-à-dire l'absence de lien avec une procédure de consultation initiée par la Commission). Il est plus que vraisemblable que les employeurs se sont engagés dans cette forme d'accord « autonome » précisément parce qu'ils redoutaient que la Commission propose une directive sur ces questions, directive qui aurait précisément arrêté la signification des notions qui posaient problème aux employeurs. L'existence même d'un accord autonome des partenaires sociaux européens sur une question constituait ainsi, aux yeux des employeurs, la meilleure protection contre le risque d'une initiative législative de la Commission, puisqu'elle permettait d'en mettre en question l'éventuelle valeur ajoutée. La Commission a d'ailleurs bien perçu cela, et dans certains cas, elle a accéléré le lancement de ses procédures de consultation des partenaires sociaux afin de manifester son intention de présenter une proposition législative, précisément là où elle craignait que les partenaires sociaux puissent *de facto* hypothéquer toute possibilité de législation par la conclusion d'un accord autonome : ainsi, la consultation des partenaires sociaux sur le stress au travail a été anticipée par la Commission (qui avait alors commencé à préparer une initiative sur les troubles psychosociaux au travail) lorsqu'elle a appris que les partenaires sociaux s'apprêtaient à engager une négociation à leur propre initiative sur le sujet, en vue d'un accord qui serait mis en œuvre de façon autonome : le lancement de la procédure de consultation permettait de

faire apparaître cette éventuelle négociation comme une négociation liée à une consultation de la Commission et donc permettait à la Commission d'affirmer son droit à conduire une évaluation de la mise en œuvre de l'accord autonome qui prenait ainsi la place d'une éventuelle législation européenne (d'où les observations de la Communication COM(2004) 557 final du 12 août 2004 sur le suivi par la Commission de la mise en œuvre des accords autonomes : voir *supra*). L'accord des partenaires sociaux interprofessionnels sur le télétravail est signé le 16 juillet 2002. Il y aura quatre autres accords « autonomes » dans le cadre du dialogue social interprofessionnel : sur le stress au travail (8 octobre 2004), le harcèlement au travail (26 avril 2007), les marchés du travail inclusifs (25 mars 2010), et le vieillissement actif (8 mars 2017). Il faut souligner que, dans le dialogue social européen, l'utilisation de cette forme de mise en œuvre *inter partes* à compter des années 2000 s'éloigne considérablement du modèle danois qui était à l'origine de sa formulation dans le traité : le modèle danois de relations industrielles repose sur des taux élevés d'affiliation aux organisations d'employeurs et aux syndicats, car ce sont ces taux d'affiliation élevés qui garantissent une application générale effective des accords ; *a contrario*, quand les taux d'affiliation sont plus faibles, du côté syndical et plus encore du côté des employeurs, ce qui est le cas dans la plupart des pays européens, la mise en œuvre « autonome » est nécessairement limitée et les organisations concernées la considèrent alors le plus souvent comme étant seulement volontaire et facultative. C'est ce que confirment les analyses de la mise en œuvre effective des accords « autonomes » précités, mise en œuvre qui s'avère très inégale au sein du territoire européen. En l'état actuel des structures et des capacités des organisations de partenaires sociaux en Europe, opter pour la mise en œuvre autonome d'un accord revient à opter pour l'acceptation de grandes disparités dans la mise en œuvre de cet accord.

(24) À l'exception d'un amendement mineur portant sur la prolongation du délai de négociation de neuf mois (décidée d'un commun accord entre la Commission et les partenaires sociaux et non plus par les seuls partenaires sociaux). En outre, les États membres ont amendé la phrase de l'accord qui concernait la mise en œuvre contraignante des accords « tels qu'ils avaient été conclus », et la suppression de ces derniers mots a suscité le mécontentement des signataires de l'Accord. Mais la Commission a indiqué très clairement dans sa Communication de 1993 que tout amendement (par le Conseil) du texte d'un accord impliquerait que le texte ne puisse plus être considéré comme un accord des partenaires sociaux.

(25) Brian Bercusson (1996) a suggéré que la création du dialogue social européen pouvait aussi être considérée comme une réaction au processus de dérégulation engagé au Royaume-Uni à partir de 1979, et donc comme un effet inattendu de ce processus (avec ses composantes d'affaiblissement de la négociation collective et de la législation sociale nationale et de résistance à une législation sociale européenne).

(26) Programme d'action pour la mise en œuvre de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs : COM(89) 568 final du 27 novembre 1989. Ce programme d'action comportait 47 propositions d'action, dont 18 propositions législatives de la Commission (certaines de ces propositions n'étaient pas totalement nouvelles, mais il est incontestable que le programme

d'action pour la mise en œuvre de la Charte de 1989 a conduit à un enrichissement substantiel de la législation sociale européenne).

(27) Lors de l'entrée en vigueur du traité de Maastricht, le dialogue social sectoriel européen ne concerne qu'une quinzaine de secteurs (pêche, agriculture, industries extractives, acier, textile, divers secteurs des transports, etc.) c'est-à-dire essentiellement des secteurs dont les activités sont internationales par nature ou sont directement affectées par les politiques communautaires de l'époque. Le dialogue social sectoriel se développera avec la mise en place du Marché unique et la Commission établira un cadre général d'organisation du dialogue social sectoriel à l'occasion de sa Communication de 1998 sur le dialogue social (COM(98) 322 final et Décision 98/500/CE du 20 mai 1998). Il y a aujourd'hui 43 comités de dialogue social sectoriels, correspondant à des secteurs d'activité qui ensemble couvrent environ 75 % de l'emploi salarié.

(28) La CIG en charge de la préparation du Traité d'Amsterdam devant commencer ses travaux en 1996, tous les acteurs impliqués dans le dossier du congé parental ont coopéré en vue d'un succès rapide démontrant la pertinence des dispositions des articles 3 et 4 de l'Accord sur la politique sociale et de leurs modalités de mise en œuvre. À bien des égards, l'accord sur le congé parental valait par son existence plus encore que par son contenu : les mises en scène cérémonielles de la signature de l'accord puis de l'adoption de la directive témoignent de la valeur symbolique qui était attachée à ces événements en tant que tels à la fois par la Commission, les partenaires sociaux européens et les États membres. Le calendrier des travaux illustre la coopération entre les acteurs : la Commission a engagé la première phase de consultation le 22 février 1995, et la deuxième phase de consultation le 21 juin 1995 ; les partenaires sociaux ont annoncé leur volonté de négocier le 5 juillet 1995, soit deux semaines seulement après le lancement de la deuxième consultation, et ils ont conclu leur accord le 6 novembre 1995 (soit une durée de cinq mois, vacances d'été incluses, pour la conclusion de l'accord et sa validation par les instances de décision des organisations signataires, alors que le Traité propose une durée de négociation de neuf mois, qui peut être prolongée) ; la Commission a présenté sa proposition de directive le 31 janvier 1996 et le Conseil est parvenu à un accord politique en moins de deux mois, dès le 29 mars 1996 ; le Parlement européen a exprimé un avis le 14 mars 2016 ; la directive sera formellement adoptée le 3 juin 1996. Voir Falkner (1997).

(28 bis) Dans son avis 94/C 397/17 du 24 novembre 1994, le Comité économique et social européen a considéré que la Commission avait l'obligation de proposer au Conseil la mise en œuvre législative d'un accord si les signataires de cet accord le demandaient conjointement. Voir EESC (1994).

(29) Dès la Communication de 1993, la Commission indique que les accords dont les signataires demandent la mise en œuvre législative doivent satisfaire à des conditions de représentativité et de légalité, auxquelles est ajoutée une condition de prise en considération des contraintes que la mise en œuvre législative de l'accord ferait peser sur les PME. D'une Communication à l'autre, ces critères sont stables, mais la condition relative aux PME est parfois intégrée au critère de légalité car cette prise en considération des PME est une condition générale

qui s'applique à toutes les propositions de législation sociale européenne : elle est formulée dans l'article 2 de l'Accord sur la politique sociale annexé au Traité de Maastricht, puis dans l'article 137 du Traité et aujourd'hui dans l'article 153 TFUE (paragraphe 2.b).

(30) Voir les directives 2018/131 considérant 7; 2017/159, considérant 7; 2014/112/UE, considérant 7; 2010/18/UE, considérant 9; 2009/13/CE, considérant 11; 2005/47/CE, considérant 14; 2000/79/CE, considérant 13; 1999/70/CE, considérant 18; 1999/63/CE, considérant 14; les directives 2010/32/UE et 2010/18/UE citent exactement les mêmes critères dans leurs considérants respectifs 5 et 9, mais sans référence explicite à la Communication de 1998.

(31) Aukje van Hoek (2018) a récemment consacré un intéressant article aux directives basées sur des accords de partenaires sociaux. Elle relève que les exposés des motifs qui accompagnent les propositions de la Commission n'envisagent pas seulement les critères de représentativité, légalité et incidences sur les PME, mais aussi les critères de subsidiarité et de proportionnalité. Mais il s'agit là non pas des critères d'appréciation des accords eux-mêmes, mais des critères d'examen de la pertinence ou de l'opportunité d'une action communautaire dans le domaine couvert par l'accord.

(32) COM(2004) 557 final du 12 août 2004, points 3.1 et 4.1.

(33) Dans un paragraphe qui recense les cas où la Commission considère que la préférence devrait être donnée à une mise en œuvre par une décision du Conseil [plutôt qu'à une mise en œuvre « autonome » par les partenaires sociaux et leurs affiliés], la Communication de 2004 souligne qu'« il ne convient pas de recourir à des accords autonomes pour réviser des directives existantes adoptées par le Conseil et le Parlement européen dans le cadre d'une procédure législative normale » (point 4.4 de la Communication). Cette appréciation de la Commission mérite d'être rappelée étant donné la décision de la Commission de mars 2018 de rejeter la mise en œuvre législative de l'accord des partenaires sociaux du secteur des administrations centrales, un accord qui visait précisément à étendre aux employeurs et aux travailleurs de ces administrations centrales les dispositions de la Directive 2002/14/CE établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs) et d'inviter au contraire les signataires de l'accord à opter pour une mise en œuvre autonome. Il peut y avoir ici matière à débat. Certes, l'extension, du champ de la directive existante aux travailleurs et employeurs des administrations centrales ne constitue pas, à proprement parler, une révision de cette directive existante. Mais l'objet de la consultation était précisément de considérer une refonte de directives existantes, à la suite d'un important travail d'évaluation de leurs effets, et la négociation ne concerne pas un domaine qui n'aurait jamais été traité par la législation européenne, mais la révision de certaines limites du champ d'application d'une directive existante. Selon la recommandation de la Communication de 2004, cela pourrait plaider pour une mise en œuvre par une décision du Conseil plutôt que par une mise en œuvre autonome.

(34) Cour de Justice européenne (1998), Arrêt du Tribunal (quatrième chambre élargie) du 17 juin 1998, Affaire T 135/96.

(35) Résolution du Conseil du 6 décembre 1994 sur certains aspects de la politique sociale de l'Union européenne, JO C368, 23.12.1994.

(36) Décision du Conseil 2000/228/CE du 13 mars 2000 sur les lignes directrices pour les politiques de l'emploi des États membres en 2000, JO L72, 23.3.2000.

(37) Voir les avis du Parlement européen sur l'Accord sur la politique sociale : PE 205306/II/fin du 18 février 1994 et PE 209928 fin du 20 avril 1994.

(38) voir *supra* note 28.

(39) L'accord sur le temps partiel a été conclu le 6 juin 1997; la Commission a présenté sa proposition de directive dès le 23 juillet 1997 (COM(97) 392 final) et le Conseil a adopté la Directive 97/81/CE le 15 décembre 1997, soit six mois après la conclusion de l'accord. L'accord sur les contrats à durée déterminée a été conclu le 18 mars 1999; la Commission a présenté sa proposition de Directive dès le 28 avril 1999 (COM(99) 203 final) et le Conseil a adopté la Directive 1999/70/CE le 28 juin 1999, soit un peu plus de trois mois après la conclusion de l'accord.

(40) L'accord sur le temps de travail des gens de mer du 30 septembre 1998 donne lieu à une proposition de directive de la Commission le 18 novembre 1998, et à la directive du Conseil 1999/63/CE du 21 juin 1999. L'accord sur le temps de travail dans l'aviation civile du 22 mars 2000 donne lieu à une proposition de directive de la Commission le 23 juin 2000 et à la directive 2000/79/CE du 27 novembre 2000. L'accord sur les conditions de travail des travailleurs mobiles transfrontaliers du rail du 27 janvier 2004, conclu en dehors du cadre de consultation, donne lieu à une proposition de directive le 8 février 2005 et à la directive 2015/47/CE le 18 juillet 2005. L'accord relatif à la mise en œuvre de la Convention du travail maritime de l'OIT du 19 mai 2008 donne lieu à une proposition de directive de la Commission le 2 juillet 2008 et à la directive 2009/13/CE du 16 février 2009. L'accord révisé des partenaires sociaux interprofessionnels sur le congé parental du 18 juin 2009 donne lieu à une proposition de directive de la Commission le 30 juillet 2009 et à la directive 2010/18/UE le 8 mars 2010. L'accord sur les blessures par objets tranchants à l'hôpital du 17 juillet 2009 donne lieu à une proposition de directive le 26 octobre 2009 et à la directive 2010/32/UE le 10 mai 2010. Pour tous ces accords, le délai d'examen par la Commission est de six semaines à six mois (à l'exception de l'accord dans le secteur du rail) et le délai d'examen au Conseil de six mois environ (et, le plus souvent, un accord politique est trouvé au sein du Conseil en trois mois). Les délais d'examen par la Commission passeront à 29 et 35 mois pour les accords des secteurs « voies navigables » et « pêche » (voir *infra*, note 67). À noter que l'accord du transport maritime du 5 décembre 2016 donnera lieu à une proposition de directive le 27 juillet 2017 et à la directive 2018/131/UE du 23 janvier 2018, ce qui renoue avec les délais précédents, mais il s'agit ici d'un accord qui se limite à l'actualisation technique d'une directive de mise en œuvre d'un accord antérieur (directive 2009/13/CE mettant en œuvre l'accord du 19 mai 2008).

(41) Les négociations sont organisées par les partenaires sociaux, le plus souvent avec l'assistance logistique de la Commission. Au cours de ces négociations, les partenaires sociaux peuvent demander un avis technique des services de la Commission sur le contenu ou la formulation de certaines des clauses de l'accord en discussion, par exemple pour assurer la clarté des clauses de l'accord et leur sécurité juridique : en ce cas, les services en charge du dialogue social sollicitent l'expertise de ceux en charge de la substance de l'accord. De façon générale, l'apport de cette expertise technique de la Commission est apprécié par les partenaires sociaux, et il favorise la qualité du texte de l'accord et, ultérieurement, l'analyse de la légalité du texte de cet accord. Il y a eu cependant, occasionnellement, des tensions entre les services de la Commission et les signataires de certains accords, par exemple lorsqu'une formulation qui avait été retenue dans l'accord après avoir été soumise pour vérification au niveau technique par les services de la Commission était ensuite refusée au stade de l'analyse de la légalité de l'accord une fois celui-ci conclu. Ici comme ailleurs dans le dialogue social européen, une condition de succès est qu'il puisse y avoir une confiance mutuelle entre les partenaires sociaux et les services de la Commission.

(42) L'article 152 introduit aussi dans le Traité une référence au Sommet Social Tripartite pour la croissance et l'emploi : il s'agit d'une réunion de concertation sociale semestrielle entre les partenaires sociaux européens et les institutions au plus haut niveau, dont la pratique a d'abord été établie informellement en 1997, puis formalisée par une Décision du Conseil en 2003 (Décision 2003/174/CE du 6 mars 2003) révisée en 2016 (Décision UE/2016/1859 du 13 octobre 2016). Sur les raisons de cette évolution, voir la proposition de la Commission COM(2013) 740 final du 31 octobre 2013.

(42 bis) Voir EESC (1994).

(43) La directive de 1993 sur le temps de travail (93/104/CE) ne couvrait pas certains secteurs d'activité, notamment ceux des transports (rail, route, aviation civile, transport maritime et voies navigables intérieures). Dès 1994, les Commissaires Flynn et Kinnock ont appelé les partenaires sociaux de ces divers secteurs à négocier des règles adaptées, et des négociations ont été engagées dans certains de ces secteurs. Une consultation des partenaires sociaux sectoriels a été organisée sous la forme d'une consultation informelle, sur la base d'un document des services de la Commission. En 1997, après cette consultation informelle, la Commission a présenté un Livre Blanc proposant une approche d'ensemble des secteurs exclus de la directive de 1993 (COM(97) 334 final du 15 juillet 1997), valant première phase de consultation des partenaires sociaux, et des négociations ont été relancées à cette occasion dans les secteurs du rail, de la route et du transport maritime. Le 31 mars 1998, la Commission a initié une deuxième phase de consultation (SEC(98) 537 final), mais en fixant au 30 septembre 1998 la date limite de conclusion d'accords sectoriels. Le secteur du transport maritime a conclu un accord dans les délais requis (cet accord sera mis en œuvre par la directive 1999/63/CE du 21 juin 1999); le secteur ferroviaire a également conclu un accord le 30 septembre 1998, mais cet accord ne donnera pas lieu à un instrument législatif spécifique, car son contenu sera pris en compte dans une proposition législative horizontale de la Commission (COM(2000) 382 final qui conduira à la directive 2000/34/EC).

(44) Voir *supra*.

(45) Dès les débuts du dialogue social européen, la Commission avait compris que les partenaires sociaux ne s'engageraient eux-mêmes dans des négociations que dans la mesure où ils considéraient qu'ils disposaient effectivement d'une marge de négociation. On peut lire les Communications successives de la Commission sur le dialogue social comme un appel continu aux partenaires sociaux pour qu'ils saisissent les opportunités de négociation qui s'ouvrent à eux. Mais évidemment, ces opportunités ne s'ouvrent que si la Commission ne les referme pas immédiatement après les avoir déclarées ouvertes.

(46) Dès le début des années 2000, on trouve, dans les documents de première phase de consultation, des questions relatives à une éventuelle négociation ou initiative des partenaires sociaux relevant de l'article 139 : voir par exemple la consultation sur le stress au travail (2002), celle sur le harcèlement et la violence au travail (2004), celle sur la Convention du travail maritime de l'OIT (2006) ou encore l'invitation aux partenaires sociaux du secteur de la pêche de négocier un accord relatif à la Convention de l'OIT sur le travail dans le secteur de la pêche, qui est formellement exprimée par la Commission à l'occasion d'une Communication de première phase de consultation (COM(2007) 591 final du 10 octobre 2007) portant sur la législation applicable aux professions maritimes (2007 : voir *infra*, note 61). Il faut ici rappeler que, dans le cas de la première phase de consultation sur le stress au travail, la Commission souhaitait manifester expressément qu'elle préparait une proposition législative, et qu'elle ne souhaitait pas que les partenaires sociaux engagent à leur propre initiative la négociation d'un accord « autonome » sur le sujet ; en demandant aux partenaires sociaux s'ils envisageaient une négociation, la Commission ne cherchait pas vraiment à obtenir une information nouvelle (elle était dûment informée des discussions sur ce point entre les partenaires sociaux) mais plutôt à souligner qu'elle considérerait une éventuelle négociation sur le sujet comme une négociation liée à une consultation, qui interrompait le processus législatif initié par la Commission et qui donnerait donc lieu à un suivi de sa mise en œuvre.

(47) Les consultations des partenaires sociaux au titre de l'article 154 TFUE sont des procédures formelles, qui font l'objet d'une décision du Collège : celui-ci est dûment informé que le fait d'engager cette consultation donne aux partenaires sociaux la possibilité d'initier une négociation conformément aux dispositions des articles 154.4 et 155 TFUE.

(48) L'élargissement des possibilités de négociation qu'établit le texte de l'article 154 TFUE en 2007 (et, avant lui, l'article III-211 du projet de traité constitutionnel) correspond exactement au large consensus qui existe tout au long des années 2000, entre les institutions européennes et les États membres, quant à la primauté de la négociation collective au niveau européen, un consensus qui est bien exprimé dans les Communications de la Commission de 2002 (COM(2002) 341 final du 26 juin 2002) et 2004 (COM(2004) 557 final du 12 août 2004), et dans la pratique de la Commission et du Conseil au cours de la même période : la Convention qui est chargée de réfléchir aux possibles réformes du fonctionnement de l'UE conduit ses travaux en 2002-2003 et la Conférence intergouvernementale

qui prépare le projet de traité constitutionnel conduit ses travaux en 2003-2004); le Traité de Lisbonne est préparé en 2007.

(49) Résolution du Parlement européen du 6 juillet 2006 (2006/2015 [INI]), JO C303E, 13.12.2006.

(50) Directive 2010/32/UE du 10 mai 2010. Un accord politique sur le texte est trouvé dès la réunion du Conseil du 8 mars 2010.

(51) Degryse (2015).

(52) SEC(2010) 964 final du 22 juillet 2010; ce document présente notamment une analyse des développements du dialogue social sectoriel depuis sa création, et il souligne le dynamisme du dialogue social sectoriel et son potentiel, notamment pour le développement de la négociation collective au niveau européen.

(53) La Communication COM(2012) 746 final du 12 décembre 2012 (*EU Regulatory Fitness*), qui présente les diverses mesures que la Commission mettra en œuvre pour alléger la charge réglementaire dans l'Union, s'ouvre par un paragraphe d'introduction intitulé « *Smart Regulation : Responding to the economic imperative* ». Dans cette Communication (et ses documents annexes : SWD(2012) 422 et 423) la Commission ne fait nullement référence à la décision de soumettre tous les accords des partenaires sociaux à une analyse d'impact, alors que le processus de préparation de ces analyses d'impact est déjà engagé en ce qui concerne les accords sectoriels conclus au printemps 2012 : mais à la date d'adoption de cette Communication, la négociation interprofessionnelle sur le temps de travail n'a pas encore échoué.

(53 bis) Le 9 avril 2012, *The Sun* a publié son premier article sur le futur accord du secteur de la coiffure sous un titre qui illustre clairement la violence de la campagne (« *Hair Hitlers !* »). *The Daily Mail* a suivi avec un article sur l'accord et un titre annonçant l'interdiction des « hauts talons ». Ces deux journaux ont aussi souligné que le gouvernement britannique avait l'intention de bloquer la mise en œuvre de l'accord. Voir Vogel (2018).

(54) Health and Safety Executive, l'agence britannique de santé et sécurité au travail, a engagé une campagne d'information sur le secteur de la coiffure en 2006 [voir le site <http://www.hse.gov.uk/hairedressing/>]. L'agence a cessé sa campagne concernant ce secteur après la controverse suscitée par l'accord des partenaires sociaux européens de ce secteur, mais il n'est pas possible de dire si cela est lié directement à cette controverse, ou à une redéfinition des priorités et allocations de ressources de l'agence, ou à une combinaison de ces facteurs. On trouve aussi des informations sur la situation du secteur au Royaume-Uni sur le site de l'organisation des employeurs, Habia [UK Hair and Beauty Industry Authority], qui est affiliée à l'organisation européenne d'employeurs <coiffure EU, signataire de l'accord, et qui en a approuvé le contenu de l'accord européen, mais qui n'était pas favorable à la demande de mise en œuvre contraignante de cet accord. Voir <https://habia.org/shop/health-safety-pack-for-hairedressing-download/?HSC>

(55) Les négociations engagées dans le cadre de l'article 154 TFUE ont une durée maximale de 9 mois, qui peut être étendue d'un commun accord entre les partenaires sociaux et la Commission. En septembre 2012, les partenaires sociaux interprofessionnels européens engagés dans la négociation sur le temps de travail demandent et obtiennent l'accord de la Commission pour une prolongation de leur négociation jusqu'en décembre 2012. Cette prolongation est demandée et obtenue parce que les équipes de négociation considèrent que la négociation engagée a de bonnes chances de conduire à un accord. La campagne de dénigrement de l'accord dans le secteur de la coiffure s'est intensifiée en octobre - novembre 2012.

(56) En octobre 2012, à l'initiative du Royaume-Uni et des Pays-Bas, une dizaine de gouvernements nationaux ont adressé à la Commission une lettre conjointe pour lui demander de ne pas soumettre au Conseil une proposition de mise en œuvre législative de l'accord relatif au secteur de la coiffure : les signataires de cette lettre étaient le Royaume-Uni, les Pays-Bas, l'Allemagne, la Suède, la Finlande, la Pologne, la Slovaquie, la Roumanie et l'Estonie, soit neuf États membres ainsi que la Croatie, qui était alors un pays candidat. À la suite de cette lettre, la Commission a reçu diverses lettres de soutien de l'accord, notamment de groupes de parlementaires européens.

(57) Le secteur de la coiffure est massivement dominé par des entreprises de très petite taille, le plus souvent un salon avec quelques employés, et de ce fait, les conditions de travail des employeurs et celles de leurs salariés sont très proches : ils utilisent les mêmes produits, font les mêmes gestes, et respirent la même atmosphère, bref ils sont exposés aux mêmes risques et ils expérimentent les mêmes remèdes dans le domaine de la santé et la sécurité au travail on trouve cependant aussi certaines formes de division du travail qui réservent les tâches liées au shampoing à des jeunes peu qualifiés, notamment des jeunes filles : c'est pour cela que les partenaires sociaux du secteur n'ont guère eu de difficultés à agréer entre employeurs et syndicats la réalité des risques en ce domaine. Sur l'analyse scientifique des risques dans ce secteur, voir l'analyse proposée par l'OSHA (2014).

(58) Dans leur campagne de dénigrement de l'accord du secteur de la coiffure et de son éventuelle mise en œuvre législative, les *tabloids* britanniques ont notamment affirmé que cet accord interdisait aux travailleurs (et en l'occurrence aux travailleuses) de ce secteur de porter des chaussures à hauts talons. C'était totalement inexact, mais cette interdiction des hauts talons est devenue l'un des messages caricaturaux les plus fréquents de la presse britannique à propos de cet accord. Or le Président Barroso a souvent utilisé cette référence caricaturale aux hauts talons pour résumer le contenu de l'accord et justifier son opposition à sa mise en œuvre législative « *As I have said very clearly and very often before, not everything needs a solution at European level. Europe must focus on where it can add most value. It does not have to meddle where it should not. That is why we have not proposed European legislation (...) to stop hairdressers from wearing high heels* » [http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-14-131_en.htm]. Voir aussi Vogel (2018).

(59) La Commission a adopté son Programme de travail 2013 le 23 octobre 2012, et on peut donc considérer que le Secrétariat général de la Commission et après lui le Collège tiennent pour acquis, à cette date, que la Commission a toute latitude pour refuser la demande de mise en œuvre d'un accord quel qu'il soit (et c'est ce qui sera mis en œuvre pour l'accord dans le secteur de la coiffure dans la Communication REFIT COM(2013) 685 du 2 octobre 2013 : voir la note 12 *supra*). En ne mentionnant aucune éventuelle proposition législative (éventuelle puisque sous réserve des résultats de l'instruction des demandes des partenaires sociaux), donc en ne faisant aucune référence aux caractéristiques de ces accords, ce programme de travail apparaît nier que ces trois demandes de mise en œuvre d'accords existent et ont été présentées à la Commission.

(60) La Commission ayant la responsabilité d'analyser la légalité des clauses d'un accord en amont d'une éventuelle proposition législative, elle peut identifier des clauses dont la formulation ou le contenu sont problématiques à cet égard. Mais les partenaires sociaux sont toujours en position de pouvoir corriger leur accord, si cela est indispensable au regard de la légalité : si la Commission refuse formellement un accord pour cette raison, elle doit en donner les raisons, et les signataires peuvent donc immédiatement réviser leur accord, s'ils le souhaitent, et soumettre cet accord révisé à la Commission en vue de sa mise en œuvre par la voie législative. Il n'y a pas d'exemple à ce jour d'accord auquel la Commission aurait refusé de donner suite en raison du seul critère de légalité (et il y a divers exemples d'accords dont le texte a été amendé par les partenaires sociaux parce que la Commission leur a fait observer que leurs formulations pouvaient poser problème ou n'étaient pas suffisamment claires).

(61) Les accords des secteurs de la pêche, des voies navigables et de la coiffure ont un lien certain, mais limité, ancien ou seulement indirect avec des procédures de consultation. En ce qui concerne l'accord sur la pêche (2012), qui vise à adapter le droit du travail européen aux dispositions de la Convention de l'OIT de 2007 (C188, 14 juin 2007), la Commission « a invité les partenaires sociaux du secteur de la pêche en mer à examiner les possibilités d'une initiative commune visant à promouvoir l'application dans l'UE de la Convention de l'OIT », et ce dès octobre 2007, quelques semaines après l'adoption de la Convention de l'OIT, à l'occasion d'une Communication relative à la réglementation sociale dans les professions maritimes dans l'UE (COM(2007) 591 final du 10 octobre 2007) qui était un document de première phase de consultation : mais d'un point de vue formel, la négociation des partenaires sociaux a été engagée plus tardivement et en dehors d'un processus formel de consultation. En ce qui concerne l'accord dans le secteur des voies navigables (2012), qui porte sur le temps de travail, il est possible de rappeler la consultation initiée par la Commission en 1997-98 (voir note 36), mais à cette époque les partenaires sociaux de ce secteur n'avaient pas été en mesure d'ouvrir une négociation, et il s'agit là d'une consultation ancienne, ce qui permet de dire que du point de vue formel, la négociation a été menée en dehors d'une procédure de consultation. Quant à l'accord dans le secteur de la coiffure, sa négociation trouve son origine dans les travaux de la Commission du milieu des années 2000 relatifs à la révision de la réglementation applicable pour la mise sur le marché des produits cosmétiques, donc une initiative qui ne relevait pas du champ de la législation sociale et des procédures de consultation qui lui sont

liées : à cette occasion, les partenaires sociaux du secteur ont demandé à ce que la nouvelle réglementation prenne en considération l'utilisation professionnelle des produits cosmétiques et non la seule utilisation par des consommateurs particuliers ; mais les services de la Commission en charge du dossier ont refusé cette demande et ont invité les partenaires sociaux à examiner cette question d'utilisation professionnelle dans le cadre de leur dialogue social : c'est ce qui a conduit les partenaires sociaux à engager leur négociation sur les risques de santé au travail liés à l'utilisation professionnelle des produits cosmétiques, puis à l'élargir progressivement à l'ensemble des questions de santé et de sécurité au travail dans leur secteur.

(62) Le document analytique qui accompagne la proposition de mise en œuvre législative de cet accord souligne les caractéristiques — clés de ce secteur : un secteur de petite taille (9600 entreprises et 42 000 emplois, dont les trois quarts sont occupés par des travailleurs mobiles, une activité qui est massivement transnationale, impliquant principalement les bassins fluviaux du Rhin et du Danube (SWD(2014) 226 du 7 juillet 2004).

(63) Les partenaires sociaux européens qui ont négocié l'accord relatif à l'application dans le droit européen des dispositions de la Convention de l'OIT C188 sur le travail dans le secteur de la pêche ont eux-mêmes joué un rôle actif dans la négociation de la Convention de l'OIT adoptée en 2007.

(64) L'accord sur la santé et la sécurité au travail dans le secteur de la coiffure a été signé le 26 avril 2012 à Bruxelles, à l'occasion d'une journée d'étude consacrée aux risques observables dans ce secteur, à laquelle ont notamment participé des experts de l'OMS, de l'OIT et d'OSHA et de l'Université d'Osnabrück.

(65) Voir la proposition de la Commission relative à la mise en œuvre de l'accord des partenaires sociaux du secteur du transport maritime : COM(98) 422 final du 2 juillet 2008. Il faut souligner le contraste saisissant du traitement par la Commission des accords conclus dans le secteur du transport maritime en 2008 d'une part et dans le secteur de la pêche en 2012/2013 d'autre part. Dans les deux cas, il s'agit de secteurs dont l'activité est très internationalisée et donc dont la régulation mobilise en particulier l'OIT et il s'agit d'accords qui visent à adapter le droit du travail européen aux dispositions d'une Convention de l'OIT. Or dans le cas de la Convention du travail maritime C186, les partenaires sociaux ont conclu un accord le 19 mai 2008 et la Commission a présenté une proposition de mise en œuvre législative de cet accord le 2 juillet 2008 donc dans les *45 jours* qui ont suivi la signature de l'accord. En revanche, dans le cas de la Convention C188 sur le travail dans le secteur de la pêche (2007), l'accord des partenaires sociaux a été conclu en 2012 et immédiatement révisé en 2013 mais la proposition législative de la Commission n'a été présentée que *35 mois* après la signature de l'accord révisé. Or c'est la même organisation sectorielle syndicale, ETF, qui coordonne l'action des syndicats dans les deux cas.

(66) L'évolution du rôle du Secrétariat général de la Commission, et notamment de son rôle de coordination politique, mériterait à elle seule une analyse approfondie : le Secrétariat général de la Commission a longtemps été l'instance qui garantissait

la *régularité* des procédures et décisions de la Commission. Il a progressivement incorporé des fonctions de coordination qui visaient à garantir la réalité de la coopération et du débat entre services et donc la collégialité de la préparation des politiques de la Commission. Il assure désormais des fonctions de coordination politique de l'ensemble de l'action des services de l'administration européenne, au point d'apparaître aussi comme une extension du Cabinet du Président de la Commission. Son évolution a donc renforcé sa fonction politique.

(67) Voies navigables : accord signé le 15 février 2012 ; proposition de directive de la Commission le 7 juillet 2014 (COM(2014) 452 final) soit 29 mois après l'accord, adoption de la directive 2014/112/UE le 19 décembre 2014, soit cinq mois après la proposition de la Commission. Pêche : accord signé le 21 mai 2012 et révisé le 10 mai 2013 ; proposition de directive de la Commission le 29 avril 2016 (COM(2016) 235 final) soit 35 mois après l'accord révisé, et adoption de la directive 2017/159/UE le 19 décembre 2016, soit huit mois après la proposition de la Commission. L'allongement des délais de mise en œuvre résulte de l'allongement des délais d'examen des accords par la Commission, et non des délais d'examen au Conseil.

(68) À ce jour, l'étude que la Commission a commandée sur les coûts et avantages prévisibles de la mise en œuvre législative éventuelle de l'accord, terminée en 2014, n'a pas été rendue publique. De façon générale, la Commission a jusqu'à présent refusé de donner un accès public à tous les documents liés à cet accord et à son examen au motif que cet accès mettrait en danger son processus de décision interne. Dans la Communication du 2 octobre 2013, la Commission Barroso 2 a annoncé que, au cours de son mandat, elle ne proposerait pas de législation relative à la santé et à la sécurité au travail dans le secteur de la coiffure, tout en indiquant que la pertinence et la valeur ajoutée de l'accord devaient d'abord faire l'objet d'une évaluation complète. Dans la Communication du 2 octobre 2013 (COM(2013) 685 final) la Commission Barroso 2 a annoncé que « *cette Commission [Barroso 2] ne proposerait pas la mise en œuvre législative de l'accord* » tout en indiquant dans une note infrapaginale que l'analyse de l'accord se poursuivait, ce qui reportait la décision finale à la Commission Juncker, mais qui a été souvent interprété, à l'intérieur comme à l'extérieur de la Commission, comme un rejet définitif du dossier (voir *supra* note 12). Il faut rappeler que la Communication de 1993 relative à l'Accord sur la politique sociale avait clairement indiqué que, dans le cas où la Commission ne donne pas une suite favorable à la demande de mise en œuvre législative d'un accord, elle doit en informer immédiatement les partenaires sociaux signataires et leur donner les raisons de cette décision. Ici, la Commission Barroso 2 s'est affranchie de cette obligation de donner aux partenaires sociaux les raisons de sa décision, et elle a affirmé qu'une décision de rejet pouvait être prise avant que soit effectuée une évaluation complète. L'ambiguïté des formulations atteste aussi des divergences de vues qui existaient alors, sur ces questions, au sein de la Commission Barroso 2.

(69) Documents des services relatifs aux accords dans le secteur des voies navigables : SWD(2014) 226 du 7 juillet 2014, et dans le secteur de la pêche : SWD(2016)144 du 29 avril 2016.

(70) Comme le montrent ces deux accords (le temps de travail dans le secteur des voies navigables et les conditions de travail dans la pêche maritime), les accords sectoriels peuvent être un moyen très efficace de produire une législation de bonne qualité là où cette législation est nécessaire, tout simplement parce que les partenaires sociaux disposent d'une réelle expertise que n'ont pas nécessairement les fonctionnaires, les parlementaires et les responsables politiques impliqués dans une procédure législative ordinaire, et aussi parce que la confrontation des points de vue respectifs des représentants des employeurs et des représentants des travailleurs peut produire des solutions pertinentes et responsables aux problèmes traités lors d'une négociation. Dans le cas des voies navigables, un secteur économique très particulier quant aux conditions de travail, et dont l'activité est structurellement transnationale, il aurait sans doute été difficile, long et coûteux de préparer une législation sur le temps de travail selon la voie législative ordinaire, en raison des difficultés de rassemblement de l'expertise nécessaire et aussi parce que beaucoup d'acteurs auraient trouvé la charge de travail disproportionnée au regard du nombre d'emplois concernés. Dans le cas de la pêche maritime, où il s'agissait d'appliquer dans le droit du travail européen les obligations résultant du texte d'une Convention de l'OIT, il était sans doute plus efficace d'impliquer les partenaires sociaux qui faisaient partie des négociateurs de la Convention, car il aurait également été difficile, long et coûteux de réunir au sein de la Commission l'expertise nécessaire pour mettre au point un texte satisfaisant pour l'ensemble des parties selon la procédure législative ordinaire. La durée de l'examen des accords conclus dans les deux secteurs considérés montre que la défiance à l'égard des partenaires sociaux peut avoir pour effet de mettre en œuvre des procédures de validation qui sont si lourdes et suspicieuses qu'elles pourraient dissuader à jamais les partenaires sociaux de s'engager une nouvelle fois dans une telle négociation. En d'autres termes, en faisant de la défiance et de la suspicion à l'égard de ces accords les principes mêmes de leur examen, la Commission pourrait se priver des bénéfices que peut lui apporter la confiance en l'expertise et la responsabilité des partenaires sociaux sectoriels.

(71) Les deux documents des services précités ne présentent pas seulement une analyse des accords au regard des critères retenus dans la Communication de 1998, ce qui montre que l'analyse n'est pas conduite seulement sur la base de ces critères (SWD(2014) 226 du 7 juillet 2014 et SWD(2016) 144 du 29 avril 2016).

(72) S'agissant des trois accords sectoriels conclus en 2012, il est aisément démontrable que leurs négociations ont commencé en 2009 ou avant, c'est-à-dire à une date où nul ne souhaitait instaurer pour leur suivi un mécanisme aussi long, suspicieux et peu transparent que celui qui a été mis en œuvre par la Commission (et qui d'ailleurs n'a pas été mis en œuvre dans certains cas).

(73) Communication COM(2015) 215 final du 19 mai 2015, intitulée « Programme pour une meilleure réglementation : questions et réponses », accompagnée par des documents de travail des services de la Commission (SWD 110 et 111).

(74) L'un des traits qui manifestent très clairement que la partie de *Better Regulation* et de ses documents annexes consacrée aux accords des partenaires sociaux constitue une réinterprétation substantielle des dispositions relatives au

dialogue social européen est l'utilisation répétée de l'énoncé « étant donné que la Commission peut accepter ou rejeter un *accord...* » (une phrase que l'on retrouve aussi *verbatim* dans les documents des services qui ont été soumis à l'Impact Assessment Board ou au Regulatory Scrutiny Board dans le cadre de l'examen des accords conclus dans les secteurs des voies navigables et de la pêche). Cet énoncé n'apparaît à aucun moment dans aucune des Communications antérieures de la Commission sur le dialogue social (1993, 1996, 1998, 2002 et 2004), qui toutes abordent pourtant expressément la question de la mise en œuvre législative des accords des partenaires sociaux européens : dans ces Communications, la Commission n'utilise *jamais* l'expression de *rejet d'un accord*. Ces Communications énoncent les conditions que les accords (et leurs signataires) doivent respecter pour que ces accords puissent être mis en œuvre par une décision du Conseil, et corrélativement les critères que la Commission doit vérifier avant de présenter sa proposition, ce qui implique que les accords ne remplissant pas ces conditions ne pourront pas donner lieu à une mise en œuvre législative. Mais le texte de ces diverses Communications n'utilise jamais la notion de rejet en tant que telle, et leur tonalité constante est d'accompagner le développement de la négociation collective européenne en attirant formellement l'attention des partenaires sociaux concernés sur les conditions de mise en œuvre des dispositions du Traité et l'esprit qui les sous-tend. Dans l'ensemble de ces Communications, il n'y a que *deux phrases* qui se réfèrent explicitement à la situation où la Commission déciderait de ne pas présenter un accord : la Communication de 1993 indique que si la Commission considère qu'elle ne doit pas présenter une proposition de décision au Conseil, elle doit informer immédiatement les signataires des raisons de sa décision (paragraphe 39), et la Communication de 1998 indique que la Commission ne présente pas de proposition législative quand la représentativité des signataires d'un accord n'est pas suffisante au regard du champ d'application de cet accord (paragraphe 5.4.2). Sur le caractère trompeur de l'énoncé de *Better Regulation* selon lequel « la Commission peut soit accepter soit rejeter un accord », voir supra note 13.

(75) Le *Regulatory Scrutiny Board* a d'abord été établi pour assurer le contrôle de la qualité des travaux d'évaluation et d'analyse d'impact. On a vu qu'il était étrange et contestable de réunir sous l'intitulé d'analyse d'impact proportionnée des analyses aussi distinctes que l'analyse de la légalité d'un texte, celle de la représentativité de ses signataires, et celle des coûts et avantages de la mise en œuvre des dispositions d'un accord. Cela pose la question de la capacité du *Board* à réunir en son sein l'ensemble des expertises nécessaires à la prise en considération de ces diverses analyses.

(76) Le texte original anglais est le suivant : (3) « *When considering an agreement by the social partners after Art. 154 consultation (...): The impact assessment should provide for the same assessment [as for an agreement concluded at the social partners' own initiative] but would not need to revisit the need for EU action when this has already been covered by a previous analytical document* ». Formulé plus clairement, cela veut dire que pour un accord résultant d'une négociation engagée dans le cadre d'une consultation selon l'article 154, mais engagée dès la première phase de consultation (laquelle ne comporte pas de document analytique), l'analyse d'impact sera la même que celle appliquée à une

négociation engagée à l'initiative propre des partenaires sociaux (et elle examinera donc en particulier la nécessité d'une action européenne puisque cela n'aura pas été fait dans un document analytique antérieur). À travers cette formulation, la Commission introduit le principe selon lequel les accords seraient traités différemment selon qu'ils portent sur une question déjà balisée ou encadrée par un document analytique, ou sur une question qui n'aurait pas déjà été balisée ou encadrée par un tel document. Et c'est donc l'existence ou non d'un document analytique de la Commission qui est le principe de distinction entre les accords et non plus le fait que la négociation a été engagée à l'occasion d'une consultation des partenaires sociaux selon l'article 154 TFUE, ou a été engagée à l'initiative des partenaires sociaux.

(77) La volonté de prendre en considération les principes de subsidiarité et de proportionnalité reconnus dans l'article 5 TFUE n'implique nullement de gommer la spécificité de la procédure de mise en œuvre législative d'un accord selon l'article 155 TFUE au regard de la procédure législative ordinaire.

(78) La politique de mobilité au sein du personnel de la Commission conduit inévitablement l'institution à perdre la mémoire des politiques qu'elle a menées dans le passé, et de leur raison d'être. Le risque d'erreur, et parfois le déni pur et simple du passé, sont plus importants quand la répartition des rôles entre services conduit à confier la coordination politique d'un dossier à des agents qui n'en ont guère de connaissance ni d'expérience préalable. Dans le cas des accords des partenaires sociaux, le fait que les controverses soient apparues à l'occasion d'accords sectoriels a conduit certains des fonctionnaires qui ont eu à traiter des dossiers à supposer que les dispositions de l'article 155.2 TFUE ne concernaient que les seuls partenaires sociaux interprofessionnels (au motif que ce sont ces partenaires sociaux interprofessionnels qui ont conclu l'accord initial qui a conduit à ces dispositions du Traité), et donc à proposer d'en exclure les accords sectoriels, ou encore d'établir des règles particulièrement restrictives quant à la représentativité des organisations sectorielles afin de leur rendre plus difficile et de préférence impossible l'utilisation des dispositions de cet article. Il faut souligner ici que c'est là une interprétation erronée. Dès 1992, la Commission et les partenaires sociaux ont admis que ces dispositions s'appliquaient au dialogue sectoriel autant qu'au dialogue interprofessionnel, et le nombre d'accords sectoriels est plus élevé que le nombre d'accords interprofessionnels. C'est aussi une interprétation risquée, car elle risque tout simplement de décourager le dialogue social sectoriel alors que celui-ci fait partie intégrante du dialogue social européen et a montré sa capacité à contribuer à la régulation de l'évolution des secteurs d'activité : il faut souligner ici que la mise en œuvre législative d'accords sectoriels doit aussi être considérée comme un moyen efficace de contribuer à la solution de problèmes qui se posent dans un secteur donné, même de petite taille, en mobilisant l'expertise et la connaissance de terrain des acteurs de ces secteurs.

(79) Dans le cadre des relations industrielles, une négociation n'est pas conduite de la même façon, et le contenu de l'accord qui en résulte n'est pas et ne peut pas être le même, selon que la mise en œuvre envisagée par les parties est une mise en œuvre *erga omnes* ou une mise en œuvre *inter partes*. C'est pourquoi l'interprétation des modalités d'application de l'article 155 dans son ensemble,

et notamment de l'article 155.2, doit être claire et précise pour tous les acteurs concernés. C'est aussi pour cette raison que, contrairement à ce que la Commission a pu parfois proposer (ou a fait semblant de croire?), les partenaires sociaux ne peuvent pas transformer un accord *erga omnes* en un accord *inter partes* sans en renégocier le contenu.

(80) Cette proposition de la Commission conduira à la directive (UE) 2018/131 du 23 janvier 2018, qui elle aussi se réfère à la Communication de 1998 dans son considérant 7.

(81) Le Président Juncker s'est exprimé brièvement sur cet accord au cours d'une session de questions et réponses lors de sa participation à la réunion du Comité exécutif de la CES du 7 novembre 2016, et on ne peut pas exclure que ses propos à ce sujet aient été plus ou moins improvisés, même s'ils ont repris exactement les formulations utilisées avant lui par le Président Barroso. Mais ces propos ont été très mal reçus par les organisations concernées, notamment l'association de la santé et de la sécurité au travail aux « petites choses » dont l'Union ne devrait pas ou plus s'occuper, et la reprise de l'argument caricatural selon lequel elle ne doit pas légiférer sur les hauts talons. Et au sein des services de la Commission, ils ont évidemment été perçus comme une condamnation définitive de l'accord, la seule question restant alors en suspens étant celle du moment qui serait considéré comme favorable pour sa formalisation et sa notification.

(82) À partir de 2016, les programmes de travail annuels de la Commission ne contiennent plus aucune mention d'une éventuelle initiative dans le domaine de l'information et de la consultation des travailleurs (ni référence à une proposition basée sur l'accord sectoriel dans le secteur des administrations centrales, ni référence à une seconde phase de consultation sur la question). Cela suggère qu'une décision de principe de cesser toute activité en ce domaine a été prise peu de temps après la fin de la première phase de consultation, au printemps 2016, et que cette décision de principe hypothéquait dès le départ une réponse favorable à la demande de mise en œuvre de l'accord dans le secteur des administrations centrales : l'examen de cette demande ne pouvait dès lors être que chaotique et problématique. Mais la Commission n'a présenté nulle part les résultats de cette première phase de consultation, ni les raisons pour lesquelles elle renonçait à lui donner une suite.

(83) Le texte de l'article 155 TFUE ne permet pas à la Commission d'interférer dans le choix entre une mise en œuvre *inter partes* et une mise en œuvre *erga omnes* d'un accord, choix qui appartient aux partenaires sociaux signataires de cet accord : c'est là l'interprétation constante de la Commission et des partenaires sociaux européens depuis l'introduction de ces dispositions dans le Traité (la Communication de la Commission de 1993 indique clairement dans son paragraphe 31 que la conclusion d'un accord est l'affaire exclusive des organisations). On retrouve cette interprétation dans des documents plus récents des services de la Commission : « *It is up to the social partners who conclude an agreement to decide the modality of implementing it. (...) The Commission cannot request the social partners to implement their agreement autonomously as this is the prerogative of social partners according to article 155.2 TFEU* »

(SWD(2014) 226 du 7 juillet 2014, p. 7). Il convient de rappeler également que les analystes et praticiens des relations industrielles savent très bien qu'il n'est pas possible de transformer un accord destiné à être mis en œuvre *erga omnes* en un accord destiné à être mis en œuvre *inter partes* sans en renégocier en tout ou partie le contenu : ces deux types d'accords ne sont pas négociés de la même façon par les parties (voir la note 79).

(84) Comme nous l'avons déjà indiqué, le conflit entre la Commission et EPSU concernant l'accord sur l'information et la consultation des travailleurs dans le secteur des administrations centrales a été porté devant la Cour de Justice de l'UE (Affaire T-310/18). La présente étude n'a pas pour objet de discuter les arguments-clés des parties et notamment les arguments juridiques en présence, car l'auteur n'est pas un juriste. Toutefois, cette étude peut éclairer certaines des controverses qui sont soulevées dans cette affaire, en apportant l'information relative au contexte historique dans lequel les controverses relatives à l'article 155.2 TFUE se sont développées au cours des dernières années. Pour une part, les arguments avancés concernent la discrétion totale de la Commission quant à la suite à donner aux demandes de mise en œuvre des accords des partenaires sociaux (une vue d'ensemble des positions des experts juridiques peut être trouvée dans l'article de Dorssemont (2018)). En outre, les arguments avancés concernent la compétence de l'Union à intervenir quant aux droits des travailleurs des administrations centrales, et la Commission a aussi relevé que l'application *erga omnes* de l'accord entraînerait une inégalité de droits entre les fonctionnaires et employés de ces administrations centrales qui bénéficieraient de ces droits et ceux des administrations locales et régionales qui n'en bénéficieraient pas. Il faut rappeler ici que la consultation qui est à l'origine de la négociation de cet accord faisait suite à une analyse détaillée, dite de *fitness check*, des directives européennes relatives à l'information et à la consultation des travailleurs, qui avait notamment discuté l'inégalité entre travailleurs du secteur public et du secteur privé quant à ces droits et la possibilité d'étendre aux employés du secteur public la protection apportée par cette directive (SWD(2013) 293 du 26 juillet 2013).

(85) En 2012-2013, les services de la Commission ont conduit une évaluation de trois directives qui contenaient des dispositions relatives aux droits à l'information et à la consultation des travailleurs (directive 98/59/CE sur les licenciements collectifs, directive 2001/23/CE sur les transferts d'entreprises et directive 2002/14/CE sur un cadre général relatif à l'information et la consultation). Les résultats de cette évaluation, dite de *fitness check*, ont fait l'objet d'un document des services de la Commission (SWD (2013) 293 du 26 juillet 2013) et la Commission a ensuite annoncé son intention de proposer une consolidation de ces trois directives (COM(2013) 685 final du 2 octobre 2013). Le 10 avril 2015, la Commission a lancé la première phase de consultation des partenaires sociaux sur cette initiative (C (2015) 2303 final).

(86) L'accord des partenaires sociaux du secteur de la coiffure est d'abord devenu un symbole dans la campagne médiatique et politique qui s'est développée au Royaume-Uni en 2012. Mais il est ensuite devenu un symbole de la nouvelle attitude de la Commission à l'égard des demandes de mise en œuvre des accords du dialogue social sectoriel.

(87) Comme on l'a vu, la caricature des hauts talons a été reprise publiquement dans des interventions des Présidents Barroso et Juncker, et dans une publication de la Commission consacrée à *Better Regulation*. L'abus de cette caricature doit être rapproché de l'hostilité dont l'accord a fait l'objet au sein de la Commission.

(88) La légitimité ou non de la réinterprétation des dispositions relatives aux articles 154 et 155 TFUE doit en effet être appréciée au regard de l'obligation de promotion du dialogue social européen et de respect de l'autonomie des partenaires sociaux (qui nous paraît exclure une instrumentalisation de ce dialogue social par la Commission).

Références bibliographiques

- Bandasz K. (2014) A framework agreement in the hairdressing sector: the European social dialogue at a crossroads, *Transfer*, 20 (4), 505-520.
- Bercusson B. (1996) *European labour law*, London, Butterworths.
- Commission européenne (1991) Premières contributions à la conférence intergouvernementale concernant l'union politique, CES 500/91, 26 mars 1991.
- Commission européenne (2013) *Industrial relations in Europe 2012*, Luxembourg, Publications Office of the European Union.
- Degimbe J. (1999) *La politique sociale européenne : du traité de Rome au traité d'Amsterdam*, Bruxelles, Institut syndical européen.
- Degryse C. (2015) *Dialogue social sectoriel : une ombre au tableau ?*, Working Paper 2015.02, Bruxelles, ETUI.
- Degryse C. et Pochet P. (2018) *European social dynamics: a quantitative approach*, Working Paper 2018.02, Brussels, ETUI.
- Didry C. et Mias A. (2005) *Le moment Delors : les syndicats au cœur de l'Europe sociale*, Bruxelles, PIE-P. Lang.
- Dorsemont F., Lörcher K. et Schmitt M. (2018) On the duty to implement social partners' agreement concluded at Union level: lessons to be learned from the Hairdressers-case, *Industrial Law Journal* [à paraître, TBC].
- EESC (1994) Opinion of the EESC on the Communication of the Commission (COM(93) 600 final).
- Falkner G. (1997) L'accord européen sur le congé parental : vers un corporatisme dans la politique sociale européenne ?, *Politiques et management public*, 15 (1), 171-193.
- Lapeyre J. (2017) *Le dialogue social européen : histoire d'une innovation sociale*, Bruxelles, ETUI.
- Mias A. (2004) Du dialogue social européen au travail législatif communautaire : Maastricht, ou le syndical saisi par le politique, *Droit et société*, 58 (3), 657-682.
- OSHA (2014) *Occupational health and safety in the hairdressing sector*, Luxembourg, Publications Office of the European Union.
- Silva A. (2015) Le droit européen du travail à la croisée des chemins, in Gosseries P. et Morsa M. (dir.) *Le droit du travail au XXI^e siècle : liber amicorum Claude Wantiez*, Bruxelles, Larcier.
- Schulten T. (2016) The meaning of extension for the stability of collective bargaining in Europe, Policy Brief. European Economic, Employment and Social Policy 4/2016, Brussels, ETUI.
- Van Hoek A.A.H. (2018) Social dialogue as a source of EU legal acts: past performance and future perspectives, in Cremona M. et Kilpatrick C. (dir.) *EU legal act: challenges and transformations*, Oxford, Oxford University Press.
- Vogel L. (2018) Santé des coiffeurs : les dessous d'un (dés)accord, *HesaMag* 17, 12-15.
- Welz C. (2008) The European social dialogue under articles 138 and 139 of the EC Treaty: actors, processes, outcomes, Alphen aan den Rijn, Kluwer Law International.

**European
Trade Union Institute**

Bd du Roi Albert II, 5
1210 Brussels
Belgium

+32 (0)2 224 04 70
etui@etui.org
www.etui.org