

# C. Le dialogue social européen et ses instruments : du *soft* au *hard law*, et retour<sup>1</sup>

Daniel DUMONT

*Chargé de cours à l'Université libre de Bruxelles*

*Visiting scholar à la UCLA School of Law*

## Introduction

À l'échelle nationale, la concertation sociale représente une figure familière. Les juristes – de droit du travail, à tout le moins – en connaissent les rouages, tandis que ses protagonistes font régulièrement parler d'eux dans l'actualité. On ne peut pas vraiment en dire de même du dialogue social mené à l'échelle de l'Union européenne. Même ses produits normatifs les plus importants – les accords-cadres – souffrent d'un manque de visibilité certain. Si celui-ci s'explique sans doute par un certain nombre de faiblesses, sur lesquelles on ne manquera pas de s'arrêter, le dialogue social européen est malgré tout riche d'une histoire et de résultats qui méritent que l'on s'y intéresse davantage. Il a, du reste, suscité une importante littérature, principalement anglophone. À l'heure où l'on fête le vingtième anniversaire du dialogue social européen, l'ouvrage consacré aux sources du droit dans lequel s'insère la présente contribution tombe à point nommé : il fournit une excellente occasion de revenir sur les origines, le cadre et les produits

---

<sup>1</sup> Une première ébauche de ce texte a été présentée au Séminaire interdisciplinaire d'études juridiques (S.I.E.J.) des Facultés universitaires Saint-Louis le 29 juin 2011, lors d'une séance consacrée au thème des rapports entre négociation collective et sources du droit. Cette présentation faisait suite aux exposés de Pierre-Paul Van Gehuchten et Ivan Fischer, consacrés, respectivement, aux conventions collectives de travail et aux accords interprofessionnels. Leurs contributions – avec lesquelles la nôtre a été étroitement coordonnée – figurent dans le second volume du présent ouvrage. Par ailleurs, ce texte a grandement bénéficié de la discussion très stimulante qui a fait suite à sa présentation, ainsi que de relectures ultérieures. Que soient en particulier remerciés pour leurs observations Filip Dorssemont, Philippe Gérard, Isabelle Hachez, Jean Jacquain, François Ost, Philippe Pochet, François Tulkens et Michel van de Kerchove.

de la concertation menée entre les partenaires sociaux européens. L'aptitude de cette concertation à produire de la norme constituera le fil rouge des pages qui suivent<sup>2</sup>.

À cet effet, l'on mobilisera la grille d'analyse conceptuelle élaborée par Isabelle Hachez, en particulier sa typologie des formes de *soft law*, ou droit souple<sup>3</sup>. Cette démarche devrait permettre, espère-t-on, si pas d'aplanir toutes les difficultés, à tout le moins de mettre un peu d'ordre dans un paysage passablement confus. Pour la bonne compréhension de notre propos, disons à ce stade que la typologie évoquée repose sur une catégorisation des « formes souples de régulation sociale » rangées sous le label générique de *soft law*<sup>4</sup> en deux ensembles distincts. Reprenant et affinant une intuition esquissée par le *Dictionnaire de droit international public* dirigé par Jean Salmon<sup>5</sup>, I. Hachez propose de distinguer, au sein de la nébuleuse des manifestations de normativité « assourdie », d'une part, celles dont la faible normativité résulte du caractère formellement non contraignant de l'instrument qui les porte et, d'autre part, celles dont la faible normativité résulte de l'imprécision de leur contenu même. Autrement dit, une distinction est opérée au sein du *soft law* selon qu'il est mou en termes de contenant formel ou qu'il est flou en termes de contenu intrinsèque. Le premier ensemble est qualifié de *soft law* à caractère para- et périlégislatif – ces deux termes englobant une série de sous-hypothèses –, le second, de *soft law* intralégislatif. Les préfixes employés rendent bien compte du lieu où se déploie le droit souple par rapport au droit positif classique : parallèlement à lui ou dans son environnement dans le premier cas, en revêtant ses habits mêmes dans le second.

À l'instar des contributions de Pierre-Paul Van Gehuchten et Ivan Ficher – relatives aux conventions collectives de travail et aux accords interprofessionnels conclus dans le cadre national belge –, le présent texte sera structuré en trois temps. Nous commencerons par reconstituer la genèse du dialogue social européen. Les principales étapes par lesquelles un mécanisme de production collectivement négociée de la norme a été « uploadé » au niveau de l'Union européenne méritent que l'on y revienne, en particu-

---

<sup>2</sup> Pour un essai antérieur sur cette question, voy. en particulier l'étude de VIGNEAU (C.), « Étude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *Rev. trim. dr. europ.*, 2002, vol. 38, n° 4, p. 653-683.

<sup>3</sup> HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *R.I.E.J.*, 2010, n° 65, p. 1-64, en particulier nos 38 à 56, p. 40 à 55.

<sup>4</sup> *Ibid.*, n° 36, p. 39.

<sup>5</sup> V° « Soft law », in *Dictionnaire de droit international public*, SALMON (J.) dir., préface de G. Guillaume, Coll. « Universités francophones », Bruylant, Bruxelles, 2001, p. 1039.

lier sous l'angle de la question des sources du droit (I). Dans un deuxième temps, l'on décrira le cadre juridique du dialogue social européen. À cet effet, l'on parcourra les dispositions du traité qui le balisent, en attirant l'attention sur les zones d'ombre que ces dispositions laissent subsister et sur les solutions pragmatiques et jurisprudentielles qui leur ont été apportées – du moins à certaines d'entre elles (II). Enfin, dans un troisième et dernier temps – le plus substantiel –, l'on donnera un aperçu des principaux résultats du dialogue social européen. La cartographie des produits de l'exercice de l'autonomie collective au niveau européen montre que ces produits se partagent entre des textes d'une densité normative extrêmement variable, que l'on cherchera à spécifier (III).

Au fil de ce parcours en trois temps, nous veillerons à pointer les principales proximités et divergences entre le dialogue social européen et la concertation sociale établie dans le contexte belge. C'est que, comme on va le voir, la Belgique n'est pas pour rien dans la mise en place du premier – même si, comme souvent, ce rôle s'est déployé dans l'ombre et reste largement méconnu en dehors du cercle des spécialistes du sujet. Mais l'on verra aussi que d'importantes différences séparent les situations européenne et nationale, en particulier en termes de rattachement du produit de la négociation collective à un ordre juridique de type étatique et de configuration du rapport de force entre les partenaires sociaux. Ces différences permettent de mieux comprendre les difficultés sur lesquelles bute le dialogue social mené au niveau de l'Union, dans un contexte général de déficit social persistant de la construction européenne<sup>6</sup>.

## I. La genèse du dialogue social européen : une autofondation de la négociation collective initiée par le politique

Comment la négociation collective et sa prétention à coproduire de la norme sont-elles venues à l'Europe ? Au sein des différents États membres – à tout le moins ceux de l'Europe des Quinze –, les mécanismes de concertation sociale puisent leurs racines loin dans les tumultes de l'histoire. L'enca-drement juridique des relations collectives de travail – ce qu'on appelle les

---

<sup>6</sup> Pour une vue d'ensemble de la problématique, voy. SCHARPF (F.), « The asymmetry of European integration, or why the E.U. cannot be a "social market economy" », *Socio-Economic Review*, 2010, vol. 8, n° 2, p. 211-250.

*industrial relations* dans le monde anglo-saxon – a été comme « exsudé » par les affrontements très durs qui ont opposé les forces du travail et du capital au cours du 19<sup>e</sup> siècle et de la première moitié du 20<sup>e</sup> siècle. Cet encadrement juridique a été secrété par les principaux intéressés eux-mêmes, au plus près de leurs rapports de force, avant que les pouvoirs publics nationaux viennent lui apporter une forme d'onction étatique. En ce sens, on peut parler d'une forme de droit spontané, cristallisé par sédimentations successives.

Au niveau de l'Union européenne, l'histoire se présente évidemment sous un tout autre jour<sup>7</sup>. À cette échelle, l'impulsion décisive n'est pas venue d'en bas mais d'en haut. La mise en place d'un dispositif de dialogue social est en bonne partie due au volontarisme d'un homme politique : cet homme – même si on va voir qu'il n'était pas seul –, c'est Jacques Delors, personnage emblématique s'il en est de la construction européenne. L'amorce de ce qui allait devenir, à Maastricht, le dialogue social européen (B) remonte à 1985 très exactement (A). C'est donc, somme toute, un processus encore relativement récent, en tout cas au regard de l'histoire sociale des différents États membres. C'est dire aussi que, par rapport à ceux-ci, la relation entre le donné sociologique et le construit juridique est en bonne partie inverse : le second a largement précédé le premier<sup>8</sup>.

Certes, il existait déjà depuis un certain temps des interlocuteurs sociaux proprement européens, dénommés « partenaires sociaux ». Pour situer les principaux acteurs en présence, le mouvement syndical était représenté par une grande confédération interprofessionnelle à vocation générale : la C.E.S. – la Confédération européenne des syndicats. Tandis qu'en face, du côté patronal, on avait affaire non pas à une, mais à deux confédérations interprofessionnelles généralistes. La principale était l'UNICE, l'Union des confédérations de l'industrie et des employeurs d'Europe, qui s'est rebaptisée BusinessEurope en 2007 – sur la base de la considération que « les affaires, qui sont au cœur de l'Europe, créent de la croissance et des emplois pour la prospérité des citoyens européens »<sup>9</sup>. Aux côtés de l'ancienne

---

<sup>7</sup> Sur cette histoire, voy. la chronologie de DEGRYSE (C.), « Historical and institutional background to the cross-industry social dialogue », in *The European Sectoral Social Dialogue. Actors, Developments and Challenges*, DUFRESNE (A.), DEGRYSE (C.) et POCHE (P.) dir., Coll. « Work & Society », P.I.E.-Peter Lang, Bruxelles, 2006, p. 31-47.

<sup>8</sup> DORSSEMONT (F.), « Some reflections on the origin, problems and perspectives of the European social dialogue », in *A Decade Beyond Maastricht: The European Social Dialogue Revisited*, DE VOS (M.) dir., Coll. « Studies in Employment and Social Policy », Kluwer Law International, La Haye, 2003, n° 16, p. 12.

<sup>9</sup> Cité par LHERNOULD (J.-P.), « La négociation collective communautaire. Petit manuel de la diversité », *Dr. soc.*, 2008, n° 1, « Quel droit pour la négociation collective de demain ? », p. 39, note infrapaginale n° 35.

UNICE coexiste une seconde organisation d'employeurs intersectorielle : le C.E.E.P. – le Centre européen des entreprises à participation publique et des entreprises d'intérêt économique général. À l'origine, le C.E.E.P. avait vocation à représenter, comme son nom l'indique, les entreprises du secteur public. Suite à l'accélération du mouvement de privatisations partout en Europe, il a élargi son mandat à la représentation des entreprises privées qui fournissent des services d'intérêt économique général, principalement dans les secteurs de l'énergie, du transport et des télécommunications.

D'autres organisations gravitent dans l'ombre de la C.E.S. et des deux grandes confédérations patronales, à l'échelle interprofessionnelle comme au sein des différentes branches d'activité – on y reviendra plus loin –, mais elles n'ont pas joué de rôle significatif dans la mise en place du cadre institutionnel du dialogue social européen.

### A. *La préhistoire du dialogue social européen : les entretiens de Val Duchesse (1985-1990)*

Jusqu'au milieu des années 1980, l'essentiel de l'activité des partenaires sociaux européens consistait à relayer les préoccupations de leurs affiliés nationaux, en faisant du lobbying auprès des institutions communautaires – principalement la Commission et le Conseil. Des secteurs comme l'acier, l'agriculture ou les transports s'étaient bien dotés de « comités paritaires » dès les années 1960 et 1970, mais l'activité de ces comités était restée cantonnée dans un rôle principalement consultatif<sup>10</sup>.

Parallèlement, le contexte politique et législatif avait connu un retournement important<sup>11</sup>. En 1974, l'Union s'était dotée, à l'instigation de la Commission et sous la pression des syndicats, d'un ambitieux « programme d'action sociale », en réponse à l'entrée en crise des États-providence européens<sup>12</sup>. Alors qu'au sein des États membres, le pouvoir était occupé par une majorité de gouvernements sociaux-démocrates, le Conseil avait ensuite adopté, sur proposition de la Commission toujours, une série de directives

<sup>10</sup> Sur l'évolution des structures de concertation sociale au niveau sectoriel, voy. l'étude historique fouillée de DUFRESNE (A.), « The evolution of sectoral industrial relations structures in Europe », in *The European Sectoral Social Dialogue*, *op. cit.*, p. 49-81.

<sup>11</sup> À ce propos, voy. STREECK (W.), « European social policy after Maastricht: the "social dialogue" and "subsidiarity" », *Economic and Industrial Democracy*, 1994, vol. 15, n° 2, p. 153 à 156.

<sup>12</sup> Résolution du Conseil du 21 janvier 1974 concernant un programme d'action sociale, *J.O.C.E.*, C. 13 du 12 février 1974, p. 1.

importantes en matière de restructuration d'entreprises, d'égalité de genre et de santé et de sécurité au travail. Il s'agit des premiers textes législatifs étendant le champ de la politique sociale européenne au-delà de la question de la libre circulation des travailleurs. Mais l'arrivée au pouvoir de Margaret Thatcher au Royaume-Uni en 1979 met fin à ce processus, que le verrou de l'unanimité rendait fragile. Au cours de la première moitié des années 1980, tous les grands projets portés par la Commission en matière d'harmonisation et d'amélioration des conditions de travail sont défaits par le Conseil, lui-même soumis à un lobbying intensif de l'UNICE, radicalement hostile à toute législation en la matière.

C'est dans ce contexte bien précis que Jacques Delors accède à la présidence de la Commission en 1985. Au vu de la conjoncture politique, il est alors clair que la stratégie de rattrapage du social vis-à-vis de l'économie esquissée par le programme d'action sociale de 1974 est condamnée à échouer en l'état. Pour contourner le risque de blocage, Delors inscrit au programme du nouvel exécutif à la fois la réalisation du marché intérieur et le développement de sa « dimension sociale ». Son pari est d'obtenir des avancées vers plus de fédéralisme en impliquant les partenaires sociaux et leurs relais politiques respectifs au sein du Conseil dans des projets idéologiquement contrastés, dont la réalisation implique de légiférer à l'échelle de l'Union. Delors ne doit donc sans doute pas tellement être crédité, comme il l'est parfois, d'avoir initié la construction de l'Europe sociale – car, de ce point de vue, les années 1970 ont été marquées par des avancées importantes, aujourd'hui souvent oubliées. Sa réussite est plutôt d'être parvenu à réinscrire les questions sociales à l'agenda de l'Union dans un contexte politique nettement défavorable aux tentatives d'encadrement supra-étatique du marché.

Dès l'année suivante, en 1986, Delors obtient des gouvernements nationaux, à l'occasion de l'Acte unique, une extension significative du champ des compétences de l'Union, de même qu'un élargissement de celles d'entre elles exercées à la majorité qualifiée plutôt qu'à l'unanimité. Dans le même mouvement, il obtient également l'insertion dans le traité d'un nouvel article 118B, qui charge la Commission de « s'efforce[r] de développer le dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen ». Et la disposition ajoutait, mais sans donner davantage de détails : ce dialogue peut « déboucher, si [les partenaires sociaux] l'estiment souhaitable, sur des relations conventionnelles ». Il s'agit du premier embryon juridique d'un dialogue social propre à l'Union européenne.

Muni de cette nouvelle disposition, Delors convoque les partenaires sociaux au prieuré de Val Duchesse, à Bruxelles, et leur enjoint... de se

parler. Épaulé par le Belge Jean Degimbe, le directeur général de la D.G. Emploi et Affaires sociales, il met la C.E.S., l'UNICE et le C.E.E.P. autour de la table, leur offre le soutien logistique de la Commission, qui assure le secrétariat de leurs travaux, et leur demande d'échanger leurs vues à propos de l'avenir économique et social de la construction européenne. Entre 1985 et 1990, les confédérations syndicale et patronales européennes vont ainsi se rencontrer à de nombreuses reprises, dans le cadre de ce qu'on a appelé les entretiens de Val Duchesse. Au fil de ces entretiens, les partenaires sociaux vont adopter plusieurs « avis communs » successifs, sur des problématiques telles que l'information et la consultation des travailleurs, l'introduction des nouvelles technologies dans l'entreprise, la politique salariale, la formation professionnelle, etc. Dans chacun de ces avis, ils esquissent un cadre commun de compréhension du problème discuté et préconisent un certain nombre d'orientations générales.

Assez vite, une divergence de vues se manifeste entre les partenaires sociaux à propos du statut de ces avis communs. De son côté, l'UNICE considère qu'ils ont la valeur d'un simple communiqué conjoint et répète ne pas vouloir aller au-delà. Par contre, la Confédération européenne des syndicats – et, en sous-main, la Commission Delors – plaide pour que ces avis soient considérés comme l'embryon d'accords collectifs revêtant une portée juridiquement contraignante – ce qui est évidemment tout autre chose qu'un communiqué conjoint. Mais, au moins dans un premier temps, la volonté du camp syndical reste sans suite, en raison de l'opposition du patronat, mais aussi en raison de l'absence de cadre procédural et institutionnel plus développé dans le traité. L'article 118B introduit par l'Acte unique est considéré comme une base juridique trop faible pour fonder l'adoption d'accords contraignants: on y évoque seulement un dialogue susceptible de déboucher sur « des relations conventionnelles ».

Pour autant, il ne faut pas négliger cet épisode. S'il a paru utile de l'évoquer, c'est parce qu'avec lui, un tournant décisif s'est produit – ainsi que les sociologues du droit Arnaud Mias et Claude Didry l'ont bien montré<sup>13</sup>. En se parlant, à la demande et sous le patronage de Delors, les partenaires sociaux européens ont progressivement été amenés à revoir leur positionnement et leurs représentations. Jusque-là, ils avaient le regard rivé avant tout sur les

<sup>13</sup> MIAS (A.), « Du dialogue social européen au travail législatif communautaire: Maastricht, ou le syndical saisi par la politique », *Droit et société*, 2004, n° 58, p. 657-682; DIDRY (C.), « L'émergence du dialogue social en Europe: retour sur une innovation institutionnelle méconnue », *L'année sociologique*, 2009, vol. 59, n° 2, « Pour une sociologie politique du droit (2) », p. 417-447. L'ensemble de la présente rétrospective historique doit beaucoup à ces deux études, sur lesquelles elle s'appuie largement.

scènes politiques nationales. Leurs stratégies et leurs affrontements avaient pour principal objectif de peser sur l'évolution des politiques socio-économiques à l'intérieur de chaque État membre. Et pour sortir de l'« eurosclérose » qui, disait-on à l'époque, affectait les marchés de l'emploi nationaux, la C.E.S. défendait plutôt des recettes keynésiennes, tandis que l'UNICE préconisait, au contraire, une cure de néolibéralisme. Ce qui a changé à la faveur des entretiens de Val Duchesse, c'est que les partenaires sociaux européens ont commencé à déplacer leur regard vers l'échelon européen lui-même. C'est l'encadrement juridique du marché intérieur en tant que projet relevant spécifiquement du niveau de l'Union qui est devenu objet de confrontations et d'échanges.

En ce sens, on peut dire qu'on a assisté, au cours de la seconde moitié des années 1980, à une forme d'européanisation des centres de préoccupation des partenaires sociaux européens. Si ce déplacement est important, c'est parce que, sans lui, l'histoire du dialogue social au niveau de l'Union se serait probablement arrêtée là. Il est clair que, froidement considéré, le bilan des entretiens de Val Duchesse est à peu près nul sur le plan de la production normative – quelques avis ravalés au rang de communiqués de presse. Mais le déplacement des cadres cognitifs qui s'est effectué à l'occasion de ces rencontres répétées a rendu possible le franchissement du seuil de la juridicité.

### *B. La naissance du dialogue social européen : l'accord sur la politique sociale de 1991*

L'acte de naissance du dialogue social européen proprement dit date de 1991. Delors – qui aura décidément porté ce projet à bout de bras, avec Jean Degimbe et quelques hauts fonctionnaires de la D.G. Emploi et Affaires sociales – mesure que la priorité pour pouvoir approfondir l'expérience des entretiens de Val Duchesse est de modifier le traité. Il faut compléter l'article laconique introduit en 1986 par l'Acte unique pour que les partenaires sociaux européens puissent dépasser le stade de la production de simples avis communs, et s'engager dans un processus à caractère non plus seulement discursif mais aussi législatif. Pour y parvenir, Delors et sa commissaire chargée de l'Emploi et des Affaires sociales suggèrent aux partenaires sociaux, parallèlement à la conférence intergouvernementale qui allait aboutir au sommet de Maastricht, de proposer eux-mêmes un dispositif de concertation sociale. Les partenaires sociaux sont ainsi invités



à se remettre autour de la table, pour négocier cette fois le futur encadrement juridique de leurs propres rencontres.

Ce processus s'est avéré assez long et laborieux, principalement en raison des résistances patronales. Si la plupart des négociateurs s'étaient déjà côtoyés lors des entretiens de Val Duchesse<sup>14</sup>, l'UNICE restait extrêmement réticente par rapport à la perspective de l'institutionnalisation d'un mécanisme de négociation collective à l'échelle européenne. En termes de source d'inspiration, il n'est pas inintéressant de souligner que les délégations belges au sein de la conférence intergouvernementale et du groupe de négociation propre aux partenaires sociaux ont joué un rôle majeur. Il a en effet été montré que les deux principaux traits du dispositif qui sera finalement adopté ont été directement inspirés de la tradition sociale et du droit des relations collectives de travail belges<sup>15</sup>. Le fait que toutes les négociations ont eu lieu à Bruxelles et qu'elles ont été présidées par Degimbe, dont les services jouaient le rôle de boîte à idées des négociateurs, n'y est pas pour rien non plus, de même que la présence dans les hautes sphères de la Confédération européenne des syndicats de George Debunne, l'ancien président de la F.G.T.B. (Fédération générale du travail de Belgique)<sup>16</sup>.

Au fil des discussions, les représentants patronaux finissent par se laisser convaincre. Pas tant par conversion à la social-démocratie que par calcul stratégique : le banc patronal fait le pari que le renforcement des prérogatives dévolues aux partenaires sociaux va être de nature à lui permettre de peser plus efficacement sur le processus législatif que les stratégies de lobbying classiques. On bascule alors définitivement de rencontres dont la finalité même demeurait encore largement indéterminée dans l'esprit des négociateurs, à une discussion, cadrée par les propositions belges, dont l'objectif est d'élaborer les bases juridiques d'un mécanisme producteur de droits – ce qui, jusqu'alors, était loin d'être acquis, même si c'était depuis longtemps le souhait de la C.E.S. et de la Commission.

<sup>14</sup> Ce point est développé par MIAS (A.), « Sociabilité bruxelloise et européanisation des élites syndicales. Apports de l'analyse de réseaux à l'étude du dialogue social européen », in *Une Europe des élites ? Réflexions sur la fracture démocratique de l'Union européenne*, COSTA (O.) et MAGNETTE (P.) dir., préface de G. Ross, Coll. « Études européennes », Éd. de l'Université de Bruxelles, Bruxelles, 2007, p. 167-184.

<sup>15</sup> Voy. MIAS (A.), « Du dialogue social européen au travail législatif communautaire: Maastricht, ou le syndical saisi par le politique », *op. cit.*, p. 668, 669, 676 et 680, qui cite un certain nombre de documents d'archives.

<sup>16</sup> Ces éléments, eux, sont soulignés par CLAUWAERT (S.), « De Europese sociale dialoog: *quid en quo vadis?* », in *De toekomst van het sociaal overleg*, DEVOS (C.), MUS (M.) et HUMBLET (P.) dir., Academia Press, Gand, 2011, p. 77.

En octobre 1991, au terme de dix mois de pourparlers, les négociations finissent par aboutir, dans des circonstances assez rocambolesques. À quelques jours de l'ouverture du sommet de Maastricht, alors qu'il devenait vraiment urgent de conclure pour espérer influencer celui-ci, les membres du groupe de négociation étaient enfin parvenus à se mettre d'accord sur un texte, patiemment négocié avec l'appui de la Commission, à l'exception d'un membre clé : Zygmunt Tyszkiewicz, le secrétaire général de l'UNICE en personne, qui emmenait la délégation patronale. Pour ce Britannique thatcherien, l'idée même d'un mécanisme de concertation susceptible d'aboutir à la production de normes à l'échelle de l'Union européenne demeurait tout simplement inaudible. Mais comme sa résistance obstinée avait fini par irriter jusqu'aux autres négociateurs patronaux, ceux-ci ont, en dernière minute, réussi à l'écarter de la réunion décisive. L'ensemble des partenaires présents autour de la table de négociation en ont profité pour conclure et signer, le 31 octobre 1991, un texte intitulé « accord sur la politique sociale ». En plus d'étendre les compétences de l'Union en matière sociale à de nouveaux domaines, cet accord organise le cadre de la concertation entre les partenaires sociaux européens.

Quelques semaines plus tard, au sommet de Maastricht, les chefs d'État et de gouvernement ont repris pratiquement tel quel le texte de l'accord dans un protocole additionnel annexé au traité, le Protocole n° 14 sur la politique sociale. Passé sous la houlette de John Major mais resté fidèle aux préceptes de Thatcher, le gouvernement britannique s'est « vengé » de l'affront fait au patron des patrons européens en refusant d'être lié par l'accord. Signé à douze, le Protocole sur la politique sociale a permis à onze des États membres de l'époque de légiférer en matière sociale conformément aux dispositions arrêtées dans l'accord. Il faudra attendre l'arrivée au pouvoir des néo-travailleurs « europhiles » de Tony Blair pour que le Royaume-Uni lève son *opt-out* : au sommet d'Amsterdam, en 1997, le Protocole sur la politique sociale est formellement intégré dans le traité lui-même, de manière à lier uniformément tous les États membres – désormais au nombre de quinze.

★

Au terme de cette rétrospective, on peut constater que l'acte normatif fondateur du dialogue social européen, c'est... le dialogue social européen. Dans l'histoire de l'Union, le premier accord collectif conclu entre partenaires sociaux au niveau européen, c'est l'accord par lequel ces partenaires

ont fixé les règles du jeu, les règles de leur jeu – on va les détailler dans un instant. Là où, dans un premier temps, l'autonomie collective des partenaires sociaux avait été initiée, voire presque forcée, par le politique – avec les entretiens de Val Duchesse et la figure tutélaire de Delors –, les partenaires sociaux ont ensuite repris la main et posé, par le dialogue, le cadre juridique de leurs dialogues à venir. Cette autodétermination des règles qui allaient à l'avenir gouverner leurs négociations s'est faite en dehors de tout cadre organisé par le traité. Pourtant, lesdites règles ont été intégrées presque mot pour mot dans le droit primaire de l'Union.

En ce sens, on peut qualifier, dans le vocabulaire d'Isabelle Hachez, l'accord sur la politique sociale conclu le 31 octobre 1991 entre la C.E.S., l'UNICE et le C.E.E.P. de *soft law* à la fois para- et périlégislatif. Paralégislatif, voire para-« constitutionnel »<sup>17</sup>, parce que cet accord a été conclu par des acteurs qui ne sont en aucune manière habilités à produire du droit primaire européen. Sans doute les partenaires sociaux n'ont-ils pas agi en opposition frontale avec les procédures établies, en raison des encouragements de la Commission dont ils bénéficiaient. Reste que leurs négociations ont prospéré à côté des travaux de la conférence intergouvernementale, avec le souhait explicite d'imposer à celle-ci leur accord final. Et en même temps que para-, cet accord est aussi périlégislatif, ou péri-« constitutionnel », parce que, tout conclu en marge de la procédure de révision du traité qu'il ait été, il n'en a pas moins directement préparé, voire dicté, l'évolution du droit primaire. Plus précisément, dans les différentes sous-catégories de *soft law* périlégislatif distinguées par I. Hachez, l'accord sur la politique sociale correspond bien à la sous-catégorie du droit proposé : les partenaires sociaux ont livré – *in extremis* – à la conférence intergouvernementale un texte prêt à l'emploi, clé sur porte, que les chefs d'État et de gouvernement n'ont plus eu qu'à couler dans les formes du droit positif européen. Ici, un parallèle peut être établi avec la Charte des droits fondamentaux au stade de sa proclamation à Nice.

<sup>17</sup> Les guillemets entendent faire écho aux réticences qu'éprouvent certains constitutionnalistes à décerner au droit primaire européen le label de constitutionnel. Voy. par exemple DUMONT (H.), « La question de l'État européen du point de vue d'un constitutionnaliste », *Droit et société*, 2003, n° 53, « Actua-lités constitutionnelles de la construction européenne », p. 51 à 58.

## II. Le cadre du dialogue social européen établi par le traité : consultations et négociations

Venons-en alors au cadre juridique proprement dit du dialogue social européen, c'est-à-dire au fruit des péripéties que l'on vient de retracer. Pour le dire dans le vocabulaire du philosophe du droit Herbert Hart, quelles sont les règles secondaires que les partenaires sociaux européens se sont données à eux-mêmes – avec la bénédiction *a posteriori* des États – pour baliser la production de règles primaires<sup>18</sup>? Depuis que le Protocole sur la politique sociale a été intégré, à Amsterdam, dans le corps du traité de Rome, celui-ci consacre au dialogue social européen deux articles. Il s'agit des anciens articles 138 et 139, devenus 154 et 155 suite à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Demeurées pratiquement inchangées à l'occasion de la réécriture du pacte constitutionnel européen<sup>19</sup>, ces deux dispositions figurent au sein du titre du traité relatif à la politique sociale de l'Union européenne (articles 151 à 161).

Les articles 154 et 155 organisent un système à deux étapes. Le premier institue une obligation, à charge de la Commission, de consulter les partenaires sociaux (A), tandis que le second a trait aux négociations susceptibles d'être entreprises par ceux-ci (B). D'emblée – mais on y reviendra –, il faut préciser que ces deux phases ne sont pas nécessairement liées entre elles : une négociation collective ne fait pas obligatoirement suite à une consultation initiée par la Commission, tout comme, à l'inverse, une consultation ne débouche pas automatiquement sur une négociation. Par ailleurs, on va voir que l'ensemble du dispositif, pour la raison indiquée dans notre rétrospective historique, manifeste à plusieurs endroits une proximité certaine avec la tradition sociale et le système de relations collectives de travail belges.

---

<sup>18</sup> HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, 2<sup>e</sup> éd., trad. par M. van de Kerchove, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2005, p. 99 à 118. Rappelons que par règles primaires, Hart entend celles qui prescrivent ou interdisent certains comportements, tandis que les règles secondaires sont celles qui permettent d'identifier les règles primaires, de les modifier et d'en assurer l'exécution. Il s'agit en quelque sorte des règles sur les règles, ou méta-règles. Faut-il le dire, il importe donc de ne pas confondre règles primaires au sens de Hart et droit primaire au sens du droit européen.

<sup>19</sup> Sur les modifications apportées par le traité de Lisbonne à la matière sociale dans son ensemble, voy. BERCUSSON (B.), « The Lisbon treaty and social Europe », *ERA Forum*, 2009, vol. 10, n° 1, p. 87-105; SCHMITT (M.), « La dimension sociale du traité de Lisbonne », *Dr. soc.*, 2010, n° 6, p. 682-695; DE WOLF (B.), « Arbeidsrechtelijke dimensies van het verdrag van Lissabon », *T.S.R./R.D.S.*, 2011, n° 3, p. 289-321; BRUUN (N.), LÖRCHER (K.) et SCHÖMANN (I.) dir., *The Lisbon Treaty and Social Europe*, Hart Publishing, Oxford-Portland (OR), 2012.

Le caractère assez succinct et évasif des formulations retenues par les partenaires sociaux dans leur accord de 1991 avait fait naître beaucoup de perplexité parmi les premiers commentateurs du dispositif<sup>20</sup>. Depuis, une bonne partie de ces interrogations ont été levées par les communications successives de la Commission<sup>21</sup>, la pratique des partenaires sociaux et des institutions européennes, ainsi qu'un important arrêt de la Cour de justice, ces trois sources – tantôt matérielles, tantôt formelles – ne manquant pas de s'influencer mutuellement. Ce n'est pas à dire pour autant que le dispositif ne suscite plus la perplexité ça et là, comme en témoigne la récurrence de questionnements assez similaires chez les nombreux auteurs qui ont eu à le commenter<sup>22</sup>. Comme l'a souligné F. Dorssemont, la littérature sur le sujet conserve un caractère spéculatif certain, en raison des développements limités – ne serait-ce que quantitativement – de la pratique et de la jurisprudence<sup>23</sup>.

Pour les besoins de la présente contribution, on se limitera à dépeindre dans les grandes lignes l'encadrement par le traité du dialogue social européen, en le présentant tel qu'il est communément interprété. Par ailleurs, l'on

<sup>20</sup> Voy. par exemple les nombreuses questions inventoriées par TREU (T.), « European collective bargaining levels and the competences of the social partners », in *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn of Charlton*, DAVIES (P.) et al. dir., Clarendon Press, Oxford, 1996, p. 169-187 et SCIARRA (S.), « Collective agreements in the hierarchy of European Community sources », in *European Community Labour Law, op. cit.*, p. 189-212.

<sup>21</sup> Communication de la Commission du 14 décembre 1993 au Conseil et au Parlement européen, « La mise en œuvre du Protocole sur la politique sociale », COM (1993) 600 final; communication de la Commission du 18 septembre 1996, « Le développement du dialogue social au niveau communautaire », COM (1996) 448 final; communication de la Commission du 20 mai 1998, « Adapter et promouvoir le dialogue social au niveau communautaire », COM (1998) 322 final; communication de la Commission du 26 juin 2002, « Le dialogue social européen, force de modernisation et de changement », COM (2002) 341 final; communication de la Commission du 12 août 2004, « Partenariat pour le changement dans une Europe élargie. Renforcer la contribution du dialogue social européen », COM (2004) 557 final; document de travail du 22 juillet 2010 des services de la Commission, « Le fonctionnement et le potentiel du dialogue social sectoriel européen », SEC (2010) 964 final. Aucune de ces six communications n'a été publiée au *Journal officiel*.

<sup>22</sup> Pour nous en tenir aux principaux manuels et traités, voy. ainsi RODIÈRE (P.), *Droit social de l'Union européenne*, 3<sup>e</sup> éd., Coll. « Traités », L.G.D.J., Paris, 2008, n<sup>os</sup> 100 à 114, p. 99 à 115; BERCUSSON (B.), *European Labour Law*, 2<sup>e</sup> éd., Coll. « Law in Context », Cambridge University Press, Cambridge, 2009, p. 126 à 167 et p. 519 à 636; VAN GEUCHTEN (P.-P.), « Article 138 C.E. » et « Article 139 C.E. », in *De Rome to Lisbonne. Commentaire article par article des traités U.E. et C.E.*, PINGEL (I.) dir., 2<sup>e</sup> éd., préface de P. Pescatore, Helbing Lichtenhahn – Dalloz – Bruylant, Bâle – Paris – Bruxelles, 2010, p. 1037 à 1052; TEYSSIÉ (B.), *Droit européen du travail*, 4<sup>e</sup> éd., Coll. « Manuel », Litec, Paris, 2010, n<sup>os</sup> 106 à 139, p. 54 à 69; SCHMITT (M.), *Droit du travail de l'Union européenne*, Coll. « Europe(s) », Larcier, Bruxelles, 2012, p. 241 à 253; BLANPAIN (R.), *European Labour Law*, 13<sup>e</sup> éd., Kluwer Law International, Alphen, 2012, n<sup>os</sup> 289 à 361, p. 165 à 205; BARNARD (C.), *E.U. Employment Law*, 4<sup>e</sup> éd., Coll. « Oxford E.U. Law Library », Oxford University Press, Oxford, 2012, p. 67 à 87.

<sup>23</sup> DORSSEMONT (F.), « Some reflections on the origin, problems and perspectives of the European social dialogue », *op. cit.*, n<sup>o</sup> 22, p. 15.

s'en tiendra à ce stade à une vue plutôt statique de cet encadrement, réservant pour notre point suivant l'usage concret qu'en ont fait les partenaires sociaux et les institutions européennes depuis son institutionnalisation au début des années 1990.

### *A. La consultation obligatoire des partenaires sociaux par la Commission et le principe de subsidiarité horizontale*

Le premier volet du dispositif porte sur la consultation des partenaires sociaux européens. En son article 154, le traité confie pour tâche à la Commission « de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau de l'Union et [de] prend[re] toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties » (article 154, § 1<sup>er</sup>). Cette formule est l'héritière de l'ancien article 118B introduit par l'Acte unique, qui enjoignait à la Commission de « s'efforce[r] de développer le dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen ». C'est sur la base de cet ordre de mission général que la Commission apporte un soutien financier aux organisations syndicales et patronales européennes, peut prendre l'initiative de les réunir, assure la logistique de leurs rencontres, met à leur disposition des locaux, prend à sa charge les frais de déplacement des délégations, etc.

Depuis l'accord sur la politique sociale, le traité va plus loin, en assignant en outre à la Commission une obligation de consulter les partenaires sociaux « avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale » (article 154, § 2 et 3). La pratique déjà ancienne de la Commission consistant à solliciter d'initiative l'avis des partenaires sociaux s'est ainsi muée en une obligation formelle, dont le respect conditionne la légalité des actes adoptés dans le domaine de la politique sociale.

Qu'est-ce à dire ? Dans le contexte du droit européen, le champ de la politique sociale couvre l'ensemble des matières énumérées à l'article 153 du traité (ex-article 137 C.E.). Il s'agit de divers domaines relevant du droit du travail et de la sécurité sociale dans lesquels l'Union dispose de la compétence générique de « soutenir et compléter » l'action des États membres. À cet effet, l'Union dispose de deux instruments distincts. Elle peut d'abord, par le biais de la méthode ouverte de coordination, adopter des initiatives visant à « développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques », « promouvoir des approches novatrices » et « évaluer les expériences », afin de renforcer la coopération entre les États membres. À côté

de ce mode de gouvernance *soft*, basé sur l'échange d'idées, le Conseil et le Parlement peuvent aussi adopter, tantôt à la majorité qualifiée, tantôt à l'unanimité – selon les matières –, des directives établissant des « prescriptions minimales applicables progressivement », afin d'opérer une certaine harmonisation des législations sociales nationales.

Le traité prévoit que la consultation des partenaires sociaux précédant une éventuelle proposition de la Commission en matière de politique sociale doit se faire en deux temps. La Commission doit d'abord sonder les partenaires sociaux « sur l'orientation possible d'une action de l'Union ». Si, après cette première consultation, la Commission estime qu'une action de l'Union est souhaitable, elle doit alors revenir vers les partenaires sociaux, pour les interroger cette fois « sur le contenu de la proposition envisagée ». Le traité précise qu'au terme de cette seconde consultation, les partenaires sociaux sont invités à remettre à la Commission un avis ou une recommandation. Par le biais de ce mécanisme de double consultation – d'abord sur l'orientation générale d'une éventuelle action européenne, puis sur son contenu précis –, les partenaires sociaux sont systématiquement associés à la production normative européenne en matière de politique sociale.

Encore faut-il savoir qui sont exactement les « partenaires sociaux » titulaires du droit d'être consultés par la Commission. Le traité lui-même est muet sur la question. De plus, sa version anglaise ne parle pas de *social partners* mais de *management and labour*. Face au silence – et au flou – du texte, c'est la Commission elle-même qui a établi, par voie de communications, les critères à satisfaire pour pouvoir prétendre au droit d'être consulté<sup>24</sup>. On peut toutefois observer que ces critères sont assez proches de ceux qui avaient été recommandés par la C.E.S., l'UNICE et le C.E.E.P. dans une proposition commune adoptée peu avant l'entrée en vigueur du Protocole sur la politique sociale<sup>25</sup>. Aux termes de cette manière d'auto-réglementation, sont considérées comme des partenaires sociaux pour les besoins du processus de consultation les organisations professionnelles qui satisfont aux trois critères suivants : être structurées au niveau européen ; être composées d'organisations elles-mêmes reconnues comme faisant partie des partenaires sociaux au sein de leur État membre et être, dans la mesure du possible, représentatives dans tous les États membres ; et disposer de structures permettant de participer de manière efficace au processus de

<sup>24</sup> Communication de la Commission du 14 décembre 1993, *op. cit.*, p. 16, confortée par la communication de la Commission du 20 mai 1998, *op. cit.*, p. 6.

<sup>25</sup> Sur cette proposition, voy. la note infrapaginale n° 29 de TEYSSIÉ (B.), *Droit européen du travail*, *op. cit.*, n° 751, p. 332.

consultation. On le voit, ces différents critères visent globalement à vérifier la représentativité des organisations conviées aux consultations et à garantir l'efficacité de celles-ci.

À l'échelle interprofessionnelle, le label de la représentativité est reconnu aux trois acteurs historiques du dialogue social européen : la Confédération européenne des syndicats, BusinessEurope et le Centre européen des entreprises à participation publique. Il l'est également à d'autres organisations apparues ultérieurement, mais seulement dans les limites du mandat plus limité qui est le leur. Du côté patronal, il faut ainsi ajouter l'U.E.A.P.M.E., l'Union européenne de l'artisanat et des petites et moyennes entreprises – soit l'équivalent, au niveau européen, de ce que l'on appelait autrefois chez nous les classes moyennes. Tandis que du côté syndical, il faut mentionner deux organisations spécifiquement dédiées à la représentation des cadres : Eurocadres, qui fait partie de la C.E.S., et la Confédération européenne des cadres (C.E.C.), indépendante. L'enceinte de la concertation sociale interprofessionnelle est le Comité du dialogue social, créé en 1992.

À l'échelle sectorielle, c'est-à-dire au niveau des branches d'activité, le paysage est plus évolutif. Alors qu'il s'agit de l'étage le plus important au sein de la majorité des systèmes de négociation collective nationaux, le dialogue social sectoriel s'est développé plus tardivement sur le plan européen. De manière générale, la représentation des employeurs y est beaucoup plus morcelée que celle des travailleurs. En pratique, la Commission commande régulièrement des enquêtes visant à mesurer la représentativité des différentes fédérations syndicales et patronales organisées à l'échelle sectorielle. Sur la base des résultats de ces enquêtes, aujourd'hui toutes coordonnées par la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail, elle met périodiquement à jour la liste des organisations qu'elle consulte au titre de l'article 154 du traité. Pour donner un ordre de grandeur, cette liste comportait en 2010 une soixantaine d'organisations patronales pour une quinzaine de fédérations syndicales<sup>26</sup>, ces dernières étant pour la plupart affiliées à la C.E.S.

En termes institutionnels, la structuration du dialogue social au niveau sectoriel a connu une évolution importante à la fin des années 1990. Ainsi qu'on l'a brièvement signalé, quelques comités paritaires existaient déjà de longue date dans des secteurs couverts par une politique commune européenne. À partir des années 1980, s'y étaient ajoutés de nouveaux comités ainsi qu'un certain nombre de « groupes de travail informels », principale-

---

<sup>26</sup> Document de travail du 22 juillet 2010 des services de la Commission, *op. cit.*, p. 22 et 23.



ment dans des secteurs économiques exposés à une politique de libéralisation initiée par l'Union, tels le commerce, les assurances, les télécommunications, les banques ou encore la construction. En 1998, la Commission a pris l'initiative de remplacer ces deux types de structures parallèles – à l'époque au nombre d'une vingtaine – par des comités du dialogue social sectoriel<sup>27</sup>. De tels comités sont institués dans les secteurs dont les organisations représentatives en font conjointement la demande. En forte croissance depuis, ils sont aujourd'hui au nombre de quarante et couvrent plus des trois quarts de la population active d'Europe<sup>28</sup>.

Mais davantage que ce qui précède, l'aspect le plus original de ce premier volet du dispositif, celui qui a le plus retenu l'attention des observateurs, est que, à l'occasion de leur consultation, les partenaires sociaux peuvent informer la Commission de leur volonté d'engager, entre eux, un processus de négociation (article 154, § 4). Que ce soit au niveau interprofessionnel ou au niveau sectoriel, les partenaires sociaux peuvent décider de prendre la main et de se substituer au triangle décisionnel Commission-Conseil-Parlement, en négociant un accord. Ils disposent ainsi de la possibilité de préempter le processus législatif classique. C'est pourquoi l'on s'accorde à considérer que le Protocole sur la politique sociale de 1991 a institué au niveau européen une forme de subsidiarité horizontale, ou sociale: en même temps que le traité de Maastricht a consacré dans le droit primaire le principe de subsidiarité dans sa dimension verticale – celle, bien connue, qui articule l'exercice des compétences européennes et nationales –, le Protocole a conféré aux partenaires sociaux européens – ou plus exactement, ceux-ci se sont arrogé – la prérogative de dessaisir d'autres acteurs du niveau européen, à savoir les institutions de l'Union elles-mêmes. D'où l'expression de subsidiarité horizontale. Cette subsidiarité du législatif par rapport au contractuel, de l'hétéronomie par rapport à l'autonomie collective, a été explicitement empruntée à la tradition sociale belge.

Le traité précise qu'une négociation consécutive à l'exercice par les partenaires sociaux de leur droit de préemption ne peut en principe pas dépasser un délai de neuf mois, sauf prolongation décidée en commun par la Commission et les partenaires présents autour de la table – qui ne sont pas nécessairement tous ceux qui ont été consultés, comme on va le voir dans

<sup>27</sup> Décision 98/500/C.E. de la Commission du 20 mai 1998 concernant l'institution de comités de dialogue sectoriel destinés à favoriser le dialogue entre les partenaires sociaux au niveau européen, *J.O.C.E.*, L. 225 du 12 août 1998, p. 27. Cette décision a été prise par la Commission sur la base de l'injonction que lui faisait le traité depuis l'Acte unique de « s'efforce[r] de développer » le dialogue social au niveau de l'Union.

<sup>28</sup> Document de travail du 22 juillet 2010 des services de la Commission, *op. cit.*, p. 5 et 8.

un instant. Hormis cette hypothèse, la Commission recouvre après neuf mois son monopole de l'initiative. Par ailleurs, le libellé du dispositif a été légèrement révisé à l'occasion du traité de Lisbonne, de manière à préciser que les partenaires sociaux peuvent exercer leur droit de préemption à l'occasion du premier comme du second stade des consultations – alors qu'ils ne pouvaient auparavant le faire qu'à la faveur du deuxième *round* de celles-ci.

Avant d'examiner l'encadrement par le traité des relations conventionnelles entre les partenaires sociaux européens, il faut encore signaler que leur consultation passe aussi par un autre canal institutionnel : le sommet social tripartite, dit sommet « pour la croissance et l'emploi ». Né d'abord sous la forme d'une pratique, à la demande des syndicats, le sommet social tripartite consiste en une rencontre annuelle des organisations interprofessionnelles européennes avec la présidence du Conseil et la Commission. Ce sommet a lieu avant le Conseil européen de printemps. Il est censé permettre aux partenaires sociaux d'être davantage impliqués dans la définition des grandes orientations économiques de l'Union, à la mise en œuvre desquelles, en retour, ils sont appelés à apporter leur contribution. Cette concertation tripartite a été formalisée dans une décision du Conseil en 2003<sup>29</sup>, puis consacrée par le traité de Lisbonne, dans un nouvel article 152, § 2.

### *B. Les relations conventionnelles entre les partenaires sociaux et leurs accords*

Le second volet du dispositif porte sur les négociations entre les partenaires sociaux européens. Ici, le concours prêté par les partenaires sociaux à l'élaboration de la norme européenne va beaucoup plus loin que dans le volet précédent, puisqu'il ne s'agit plus uniquement de formuler de simples avis et recommandations, mais de négocier directement – au niveau interprofessionnel ou à l'échelle d'un secteur – le contenu même de la norme. En raison de son caractère lacunaire, le libellé de l'article 155, qui traite des relations conventionnelles, doit être complété par un certain nombre d'explications. Comme les précédentes, celles-ci sont fondées sur la pratique

---

<sup>29</sup> Décision 2003/174/C.E. du Conseil du 6 mars 2003 créant un sommet social tripartite pour la croissance et l'emploi, *J.O.U.E.*, L. 70 du 14 mars 2003, p. 1.

des partenaires sociaux et des institutions européennes, ainsi que sur les commentaires doctrinaux.

D'abord, rappelons qu'une négociation entre les partenaires sociaux européens ne procède pas nécessairement de leur consultation préalable par la Commission. Une négociation peut faire suite à une telle consultation. Il en va ainsi lorsque les partenaires sociaux sont interrogés par la Commission sur une proposition et décident, à cette occasion, de faire usage de leur droit de préemption du processus législatif. Mais ils peuvent aussi engager entre eux une négociation de manière parfaitement autonome et volontaire : ils sont libres de discuter, de leur propre initiative, de tout ce sur quoi ils pourraient souhaiter négocier.

À cela, il faut ajouter que les critères posés par la Commission pour sélectionner les organisations à convier aux consultations ne sont pas d'application ici. Au stade des relations conventionnelles, il revient aux fédérations syndicales et patronales qui souhaitent discuter entre elles de se reconnaître mutuellement à la table des négociations. Autrement dit, la participation aux négociations est elle-même affaire de négociations – même si l'on va voir que, dans un cas de figure bien précis, un contrôle de la représentativité des parties est exercé *ex post* par les institutions européennes. Concrètement, cela veut dire que l'expression générique de « partenaires sociaux », indifféremment employée par les articles 154 et 155, ne renvoie pas nécessairement, dans les faits, aux mêmes organisations. Représentativité « légale » et représentativité conventionnelle ne coïncident pas toujours.

Ceci étant précisé, comment la phase de négociation collective est-elle balisée par le traité ? On se souvient que l'article 118B introduit dans le droit primaire par l'Acte unique disposait simplement que le dialogue entre partenaires sociaux au niveau de l'Union peut conduire, si ces partenaires le souhaitent, à « des relations conventionnelles ». En 1991, le Protocole sur la politique sociale a complété cette disposition par les mots : « y compris des accords ». Le dialogue social européen peut mener à des relations conventionnelles, en ce compris des accords (article 155, § 1<sup>er</sup>). Cet appendice, fût-il succinct, visait à signifier la volonté des organisations interprofessionnelles à l'origine du dialogue social européen de pouvoir conclure de véritables accords collectifs, des accords juridiquement contraignants.

Comment les produits de l'autonomie collective des partenaires sociaux européens sont-ils mis en œuvre ? Le traité ouvre deux possibilités, en forme d'alternative (article 155, § 2). On en présente les termes dans l'ordre inverse par rapport à celui du traité, pour commencer par la voie la mieux balisée. L'analyse de la question de la mise en œuvre des accords nous

permettra d'éclairer celle de leur portée juridique intrinsèque. Par ailleurs, il faut préciser que peu importe que l'accord fasse suite à une consultation diligentée par la Commission ou relève de la seule initiative des partenaires sociaux : dans le premier comme dans le second cas, les deux voies de mise en œuvre sont ouvertes.

## 1. Les accords mis en œuvre par décision du Conseil

La première possibilité à la disposition des parties signataires consiste à demander à la Commission de soumettre au Conseil une proposition de décision de mise en œuvre de leur accord. Il est admis que la « décision » du Conseil dont il est question à l'article 155, § 2, ne doit pas s'entendre au sens technique précis que revêt le mot « décision » dans la nomenclature des actes européens (article 288). On s'accorde à considérer que la décision de mise en œuvre d'un accord conclu par les partenaires sociaux peut emprunter les trois véhicules du droit dérivé contraignant, à savoir le règlement, la directive et la décision – au sens alors technique restreint que revêt ce terme en droit européen. L'acte de mise en œuvre choisi doit être adopté par le Conseil à la majorité qualifiée ou à l'unanimité, selon l'exigence qui est requise par la procédure législative classique dans le sous-domaine de la politique sociale dont relève l'accord. Depuis le traité de Lisbonne, il est précisé que le Parlement européen « est informé » – il l'était déjà dans la pratique.

Cette première possibilité de mise en œuvre consiste donc à couler dans le moule du droit dérivé le produit de la négociation conduite par les partenaires sociaux, à la demande conjointe de ceux-ci. C'est ce qu'on appelle l'homologation par voie législative. Suite à l'homologation, l'accord des partenaires sociaux revêt tous les attributs classiques du droit dérivé : primauté, compétence de la Cour de justice, obligation d'interprétation conforme, etc. Après la subsidiarité horizontale, cette technique de l'homologation législative constitue le second emprunt fait par l'accord sur la politique sociale de 1991 au système belge de relations collectives de travail – même si la Belgique n'en a pas l'exclusivité<sup>30</sup>. Un parallèle évident peut être établi entre les accords européens homologués et, en droit belge,

---

<sup>30</sup> Alain Supiot ne manque ainsi pas de rappeler qu'« aucun autre grand pays européen [que la France] n'offre [...] le modèle d'une négociation nationale interprofessionnelle associée à l'œuvre législative ». C'est pourquoi les accords « légiférants » consacrés par le Protocole sur la politique sociale sont, à ses yeux, « de facture typiquement française » (SUPIOT (A.), « Un faux dilemme : la loi ou le contrat ? », *Dr. soc.*, 2003, n° 1, « Un nouveau droit social ? », p. 66).

les conventions collectives de travail dont la force obligatoire est étendue *erga omnes* par arrêté royal – ou, en droit français, les accords collectifs étendus par arrêté du ministre du Travail. Dans les deux cas, à l'échelle européenne comme en droit interne, les partenaires sociaux jouent un rôle de véritables colégislateurs, avec l'appui des pouvoirs publics. Il y va d'une forme de délégation du pouvoir normatif.

Ceci étant, il faut ajouter que la reconnaissance de ce rôle de colégislateurs est conditionnée à deux exigences importantes, dont il appartient à la Commission, puis au Conseil, de vérifier le respect, avant de donner leur aval. Premièrement, l'accord doit avoir été conclu dans le domaine de la politique sociale européenne pour pouvoir être reçu en droit dérivé. S'il ne tombe pas dans le champ des compétences sociales de l'Union, seul le second mode de mise en œuvre est envisageable. Deuxièmement, la Commission et le Conseil doivent s'assurer que les parties signataires jouissent, ensemble, d'une «représentativité cumulée suffisante» avant de donner leur assentiment à une reprise de l'accord en droit européen. Cette seconde exigence a été posée par le tribunal de première instance en 1998, dans son célèbre arrêt *U.E.A.P.M.E.*<sup>31</sup> – à ce jour, la seule décision de jurisprudence portant directement sur le dialogue social européen.

À la suite des premières négociations ayant mené à la conclusion d'un accord – on reviendra sur celui-ci plus loin –, l'U.E.A.P.M.E., la confédération européenne des petites et moyennes entreprises, s'était plainte d'avoir été tenue à l'écart des discussions par les trois partenaires sociaux historiques, signataires de l'accord, alors qu'elle avait par contre été conviée par la Commission à participer à la phase antérieure de consultation. Du coup, elle avait dirigé contre la directive d'homologation de l'accord un recours en annulation. Le tribunal a rejeté sa demande, en relevant que le libellé du dispositif ne garantit pas aux organisations consultées un droit de participer aux éventuelles négociations collectives subséquentes. La conduite de celles-ci relève entièrement de l'autonomie des partenaires sociaux, à qui il appartient de s'accepter mutuellement à la table des négociations<sup>32</sup>.

Toutefois, le tribunal a souligné les obligations particulières qui incombent à la Commission et au Conseil lorsque leur appui est sollicité par les partenaires sociaux pour conférer une assise législative européenne à un accord conclu entre eux. Le tribunal a affirmé que «le respect du principe de la démocratie, sur lequel l'Union est fondée requiert, en l'absence de parti-

<sup>31</sup> T.P.I.C.E., 17 juin 1998, *U.E.A.P.M.E.*, T-135/96, *Rec.*, 1998, p. II-2335.

<sup>32</sup> *Ibid.*, § 75.

icipation du Parlement européen au processus d'adoption [de l']acte législatif, que la participation des peuples à ce processus soit assurée de manière alternative, en l'occurrence par l'intermédiaire des partenaires sociaux ayant conclu l'accord». Et le tribunal de préciser que, pour qu'il soit satisfait à cette exigence – assurer la participation des peuples –, la Commission et le Conseil sont tenus de vérifier si, au regard du contenu de l'accord, les partenaires sociaux signataires disposent d'une «représentativité cumulée suffisante»<sup>33</sup>.

En l'espèce, le tribunal a reconnu cette qualité aux trois organisations interprofessionnelles à vocation générale, dans la mesure où elles couvrent formellement toutes les catégories de travailleurs et d'employeurs concernées par l'accord en cause<sup>34</sup>. Mais malgré la défaite subie sur le terrain judiciaire, l'U.E.A.P.M.E. a réussi, avec l'appui de la Commission, à tirer parti du *momentum* créé par l'arrêt pour conquérir une représentativité dans l'espace conventionnel. D'abord, en concluant un accord avec l'UNICE, aux termes duquel celle-ci veille à la consulter systématiquement avant d'exprimer les positions patronales. Puis, au début des années 2000, en parvenant à se faire admettre comme membre patronal à part entière au sein du dialogue social interprofessionnel et de la concertation sociale tripartite. À la faveur du principe de reconnaissance mutuelle, l'U.E.A.P.M.E. a donc réussi à s'inviter à la table des négociations, où elle siège désormais aux côtés de BusinessEurope et du C.E.E.P. Parallèlement, du côté syndical, les deux organisations catégorielles représentatives des cadres sont, depuis 1999, associées aux discussions menées au niveau interprofessionnel par le biais d'un «comité de liaison Eurocadres-C.E.C.», intégré au sein de la délégation de la Confédération européenne des syndicats.

Plus fondamentalement, l'enseignement juridique à tirer de l'affaire *U.E.A.P.M.E.* est que la représentativité cumulée des partenaires sociaux constitue, pour le dire dans le vocabulaire de Santi Romano – le grand théoricien italien des ordres juridiques –, le «titre de relevance» de l'ordre

<sup>33</sup> *Ibid.*, § 88 à 90.

<sup>34</sup> L'arrêt a suscité des réactions contrastées, certains jugeant que le tribunal s'était contenté d'un contrôle de représentativité purement formel, insuffisant pour compenser la mise hors jeu du Parlement (par exemple MOREAU (M.-A.), « Sur la représentativité des partenaires sociaux européens », *Dr. soc.*, 1999, p. 53-59), là où d'autres ont reproché au contraire au tribunal de s'être immiscé sur le terrain de l'autonomie des partenaires sociaux, en opérant un contrôle du produit de leur négociation et en enjoignant à la Commission et au Conseil de faire de même (par exemple BERCUSSON (B.), « Democratic legitimacy and European labour law », *Industrial Law Journal*, 1999, vol. 28, n° 2, p. 153-170). Sur cette opposition entre points de vue « constitutionnaliste » et « travailliste », voy. SMISMANS (S.), « The European social dialogue between constitutional and labour law », *European Law Review*, 2007, vol. 32, n° 3, p. 341-364.

socioprofessionnel européen pour l'ordre institutionnel européen<sup>35</sup>. Cette représentativité conditionne l'aptitude des produits normatifs du premier à être intégrés, dupliqués, au sein du second.

## 2. Les accords mis en œuvre selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres

À côté de l'homologation législative, le traité envisage une seconde manière de mettre en œuvre les accords conclus entre les partenaires sociaux européens. L'article 155 prévoit qu'un accord conclu au niveau de l'Union peut aussi être mis en œuvre «selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres». C'est ce qu'on appelle la mise en œuvre autonome. L'absence de toutes précisions complémentaires dans le traité rend cette seconde branche de l'alternative ouverte par l'article 155 nettement plus énigmatique que la voie de l'homologation.

Selon la lecture qui en est habituellement faite, il revient aux parties signataires de veiller elles-mêmes à ce que leurs membres nationaux ou les autorités publiques nationales opèrent, au sein de chaque État membre, une mise en œuvre de l'accord conclu. Dans le silence du texte «constitutionnel», il est admis que les accords exécutés de manière autonome ne sont pas tenus de s'inscrire dans le champ des compétences matérielles de l'Union. Autonomie oblige, les organisations professionnelles européennes sont libres de conclure des accords sur tous les sujets possibles et imaginables. En théorie, rien ne s'oppose à un accord portant même sur les questions explicitement exclues par le traité du champ de la politique sociale européenne, à savoir la politique salariale, la liberté d'association et le droit de grève et de *lock-out* (article 153, § 5). Dans le même ordre d'idées, aucun contrôle ne sera exercé par les institutions européennes sur la représentativité des organisations signataires.

Mais que l'accord ressortisse ou non au champ des compétences de l'Union, et quelle que soit la représentativité de ses auteurs, aucune réception dudit accord n'est opérée en droit positif européen dans la voie de la mise en œuvre décentralisée. En tant que tel, *per se*, l'accord ne lie aucune autre partie que les organisations signataires : sa valeur normative est celle d'un simple contrat de droit privé<sup>36</sup>. Par conséquent, les tiers tels que les insti-

<sup>35</sup> ROMANO (S.), *L'ordre juridique* (1946), trad. de la 2<sup>e</sup> éd. par L. François et P. Gothot, Coll. « Philosophie du droit », Dalloz, Paris, 1975, p. 106; VIGNEAU (C.), « Étude sur l'autonomie collective au niveau communautaire », *op. cit.*, p. 682.

<sup>36</sup> Voy. l'analyse de RODIÈRE (P.), *Droit social de l'Union européenne*, *op. cit.*, n<sup>os</sup> 106 à 109, p. 108 à 111.

tutions européennes et les États membres restent étrangers à l'accord. Du reste, il faut souligner qu'il en va de même des accords destinés à être mis en œuvre par homologation tant et aussi longtemps qu'ils n'ont pas fait l'objet de la reprise législative attendue.

Il s'agit là d'une différence majeure par rapport aux conventions collectives de travail belges. On sait en effet qu'en droit interne, une convention collective conclue au sein d'un organe paritaire produit des effets juridiques à l'égard des parties non signataires, pour peu qu'elle ait été déposée et enregistrée au S.P.F. Emploi, Travail et Concertation sociale. Même en l'absence d'un arrêté royal d'extension, les employeurs qui ne sont pas affiliés aux organisations signataires et leurs travailleurs sont liés, de manière supplétive, par les dispositions normatives individuelles des conventions – c'est-à-dire par les dispositions relatives aux conditions de travail dont chaque travailleur, pris isolément, peut se prévaloir face à son employeur. Ces dispositions s'intègrent dans les contrats de travail individuels, sauf si ceux-ci contiennent une clause écrite en sens contraire. Cela signifie que l'ordre juridique étatique opère toujours une certaine réception des produits de l'autonomie collective, à la seule condition que ces produits aient été déposés et enregistrés.

On ne retrouve rien de tel au niveau européen. Autant les mécanismes de subsidiarité horizontale et d'homologation législative mis en place par le Protocole sur la politique sociale nous sont familiers – et pour cause –, autant, par contre, la nature juridique des accords dont le Protocole a fondé la possibilité est très différente de ce que l'on connaît en droit interne. Simples conventions de droit privé, les accords conclus au niveau de l'Union par les partenaires sociaux « flottent » pour ainsi dire à côté de l'ordre juridique européen lorsqu'ils ne font pas l'objet d'une reprise en droit dérivé. Le fait que les institutions européennes n'exercent sur ces accords aucun contrôle de légalité et de représentativité laisse une plus grande autonomie aux partenaires sociaux. Mais, en retour, ceux-ci sont privés du concours de celles-là.

On doit toutefois signaler que cette lecture classique de l'article 155 du traité – et plus précisément de la seconde des deux possibilités de mise en œuvre qu'il envisage – a été remise en cause par un auteur. D'après Olaf Deinert, le droit fondamental à la négociation collective implique que les partenaires sociaux européens disposent de la possibilité de conclure des accords ne requérant aucune mesure de mise en œuvre à l'échelle nationale<sup>37</sup>. Pour autant qu'ils

---

<sup>37</sup> Développée dans une thèse rédigée en langue allemande, son analyse a été brièvement présentée dans un article paru en anglais: DEINERT (O.), « Modes of implementing European collective agreements and their impact on collective autonomy », *Industrial Law Journal*, 2003, vol. 32, n° 4, p. 320 à 324.



le souhaitent, leur accord pourrait revêtir un caractère *self-executing*, c'est-à-dire disposer d'une forme d'effet direct. Dans cette hypothèse, l'accord produirait, au sein de chaque État membre, exactement les mêmes effets que ceux que le droit interne attribue aux conventions conclues entre les partenaires sociaux nationaux. Pour reprendre l'exemple que Deinert donne lui-même pour illustrer sa « théorie des effets parallèles », le travailleur allemand couvert par le champ d'un accord collectif européen et affilié à une organisation signataire pourrait solliciter auprès de la juridiction du travail le respect des droits consacrés par l'accord, tandis que le travailleur britannique n'aurait la possibilité de faire de même qu'à la condition que le contenu de l'accord ait été expressément incorporé dans son contrat de travail individuel.

À ce jour, cette construction théorique n'a pas été reçue par la littérature, ni par les partenaires sociaux européens eux-mêmes. Pourtant, l'argument selon lequel le droit fondamental à la négociation collective implique que les accords conclus au niveau de l'Union doivent pouvoir produire des effets juridiques en l'absence d'intervention-relais des législateurs ou des partenaires sociaux nationaux mériterait une discussion approfondie. Mais, d'ores et déjà, on peut rétorquer à Deinert que les accords collectifs empruntant la voie de la mise en œuvre autonome produisent par eux-mêmes certains effets juridiques, fussent-ils limités. Il n'est en effet pas contesté que ces accords revêtent la valeur normative d'un contrat et, à ce titre, lient à tout le moins les parties signataires. Compte tenu des contours très incertains du droit à la négociation collective à l'échelle de l'Union européenne<sup>38</sup>, il paraît délicat d'affirmer que ce droit exige que les accords conclus à ce niveau doivent pouvoir produire un effet direct au sein des ordres juridiques nationaux. Faut-il le dire, cela laisse entière la question de la désirabilité d'un tel instrument.

De surcroît, un argument de texte important s'oppose à la construction de Deinert<sup>39</sup>. Au sommet de Maastricht, les États membres ont assorti le Protocole sur la politique sociale d'une déclaration, aux termes de laquelle la voie de la mise en œuvre autonome « n'implique pas, pour les États membres, l'obligation d'appliquer de façon directe [l]es accords ou d'éla-

<sup>38</sup> Sur la jurisprudence – ou plutôt l'absence de jurisprudence – de la Cour en la matière, voy. l'aperçu de LENAERTS (K.), « Le statut de la négociation collective dans la jurisprudence européenne », *T.S.R./R.D.S.*, 2009, n° 1, p. 3-18. L'élévation par le traité de Lisbonne de la Charte des droits fondamentaux au rang de droit primaire pourrait amener la matière à évoluer, dans la mesure où l'article 28 de la Charte consacre un droit à la négociation collective.

<sup>39</sup> En ce sens, SMISMANS (S.), « The European social dialogue between constitutional and labour law », *op. cit.*, p. 360 et 362.

borer des normes de transposition de ceux-ci, ni l'obligation de modifier les dispositions internes en vigueur pour faciliter leur mise en œuvre». D'après Deinert, cette déclaration des hautes parties contractantes soutient l'interprétation qu'il défend: elle confirmerait qu'aucune mesure de mise en œuvre n'est requise lorsque les partenaires sociaux européens optent pour une exécution autonome. Ce raisonnement paraît quelque peu alambiqué, voire fait dire à la déclaration attachée au Protocole le contraire de ce que ses auteurs ont voulu indiquer. En témoigne le fait que l'extrait de la déclaration cité est précédé par ces mots: la mise en œuvre autonome «consistera dans le développement, par la négociation collective et selon les normes de chaque État membre, du contenu [des] accords». Le renvoi au «développement» à donner aux accords au sein de chaque ordre juridique confirme qu'ils appellent bel et bien des mesures de transposition à l'échelle nationale, mais que les États membres n'ont pas souhaité prendre d'engagements à y veiller ou à s'en charger.

★

Résumons-nous rapidement. En droit interne belge, les conventions collectives de travail peuvent être reçues en mode moniste ou en mode dualiste. Le premier cas de figure vise les conventions simplement signées par les parties contractantes, le second, les conventions dont la force obligatoire est étendue par arrêté royal. Au niveau européen, on retrouve une dualité de modes de mise en œuvre des accords collectifs. Le premier, celui des accords «légiférants», adoubs par le droit dérivé, entretient une parenté certaine avec le mode dualiste – si ce n'est qu'en cas de reprise par une directive, celle-ci doit faire l'objet d'une transposition au sein de chaque État membre, de sorte que la mise en œuvre se fait alors non pas en deux, mais en trois temps. Par contre, le second mode, celui dans lequel les partenaires sociaux européens assument seuls la responsabilité de (faire) mettre en œuvre leur accord, n'est pas comparable au mode moniste, parce que, dans ce second mode, l'accord est à lui seul impuissant à produire des effets juridiques sur les relations de travail.

★

Pour terminer sur le cadre institutionnel du dialogue social européen, il reste à signaler l'introduction, par le traité de Lisbonne, d'une nouvelle disposition au sein du titre sur la politique sociale. Un nouvel article 152 – celui dont le paragraphe 2 institutionnalise le sommet social tripartite – a

été inséré entre la disposition traitant des objectifs généraux de la politique sociale européenne (article 151) et celle qui définit les compétences de l'Union en la matière (article 153). En son paragraphe 1<sup>er</sup>, ce nouvel article 152 énonce: «L'Union reconnaît et promeut le rôle des partenaires sociaux à son niveau, en prenant en compte la diversité des systèmes nationaux. Elle facilite le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie.» Cette disposition est l'héritière de l'article I-48 de feu le traité établissant une Constitution pour l'Europe.

À ce jour, sa portée juridique demeure passablement floue<sup>40</sup>. D'un côté, on peut observer que la disposition appelle, non plus uniquement la Commission, mais l'Union dans son ensemble à «reconnaître et promouvoir» le rôle des partenaires sociaux européens – et à «faciliter» leur dialogue, tout en «respectant» leur autonomie. On peut y voir une confortation du principe de subsidiarité sociale. Mais, en sens inverse, il faut constater aussi que, là où l'article I-48 se trouvait en tête du projet avorté de traité constitutionnel, dans un titre transversal relatif à «La vie démocratique de l'Union», l'article 152, § 1<sup>er</sup>, lui, figure au sein du titre du traité relatif à la politique sociale de l'Union. Cette rétrogradation déforce l'idée que les partenaires sociaux européens ont une contribution utile à apporter à la définition et à la mise en œuvre de l'ensemble des politiques de l'Union, au-delà du seul domaine de la politique sociale. Dans ces conditions, la portée précise de l'article 152, § 1<sup>er</sup>, dépendra principalement des initiatives que prendront, ou ne prendront pas, les institutions européennes, notamment la Cour de justice – nous y reviendrons en conclusion.

### III. Les produits du dialogue social européen (1991-2011): du dur, mais surtout du mou et du flou

Pour poursuivre notre tour d'horizon, il nous faut maintenant aborder la question – centrale – des résultats concrets du dialogue social européen. Il s'agit sans doute de l'aspect le plus intéressant de la problématique, de même que du plat de résistance. Dans une perspective non plus statique mais dynamique, l'enjeu est à présent de voir comment le dispositif que

<sup>40</sup> Voy. les analyses de BERCUSSON (B.), « The Lisbon treaty and social Europe », *op. cit.*, p. 99 à 100; SCHMITT (M.), « La dimension sociale du traité de Lisbonne », *op. cit.*, p. 692 à 695; VENEZIANI (B.), « The role of the social partners in the Lisbon treaty » in *The Lisbon Treaty and Social Europe*, *op. cit.*, p. 127 à 128. La question n'est pas discutée par DE WOLF (B.), « Arbeidsrechtelijke dimensies van het verdrag van Lissabon », *op. cit.*

l'on vient de décrire a été mis en mouvement par les partenaires sociaux, la Commission et le Conseil. Quelles règles primaires, au sens de Hart, les partenaires sociaux européens ont-ils (co)produites dans le cadre de leurs relations conventionnelles, et quelle en est la densité normative? On le sait, le dialogue social européen a été formellement institué en 1991, lors de l'adoption de l'accord sur la politique sociale et de son intégration dans le droit primaire de l'Union. À l'heure où il vient donc de fêter son vingtième anniversaire, quel bilan peut-on établir du «jeune adulte» qu'il est ainsi devenu<sup>41</sup>?

D'emblée, une différence majeure entre la négociation collective européenne et les espaces conventionnels nationaux doit être soulignée. Sur le plan national, c'est la question du salaire qui constitue le cœur de la concertation sociale. Historiquement, la première raison d'être des syndicats est la lutte pour des rémunérations plus justes. À l'échelle européenne par contre, les revendications salariales sont *de facto* exclues du champ de la négociation par les disparités nationales existantes et par le fait que, pour l'instant, le mouvement syndical européen ne dispose pas de l'arme nécessaire pour contraindre ses interlocuteurs patronaux à s'engager dans des pourparlers sur le sujet: cette arme qui fait défaut, c'est la grève. Le refoulement de la question de la rémunération hors du champ de la concertation sociale européenne rend celle-ci bien différente de la situation que l'on connaît au sein des États membres. Certes, plusieurs fédérations syndicales européennes ont pris un certain nombre d'initiatives pour tenter de coordonner les négociations salariales nationales dans leur secteur<sup>42</sup>. Mais ce processus demeure à un stade encore largement embryonnaire. Par ailleurs, on peut signaler aussi qu'au sein des sociétés multinationales implantées en Europe, les partenaires sociaux tendent à multiplier les accords d'entreprise dits transnationaux, sur les sujets les plus divers<sup>43</sup>. Toutefois, le statut juri-

---

<sup>41</sup> CLAUWAERT (S.), « 2011: 20 years of European interprofessional social dialogue. Achievements and prospects », *Transfer*, 2011, vol. 17, n° 2, p. 174.

<sup>42</sup> Sur ces tentatives, voy. DUFRESNE (A.), « Le salaire, au cœur de l'eurosyndicalisme? », *Politique européenne*, 2009, n° 27, « Les syndicats à l'épreuve de l'Europe », p. 47-74; GLASSNER (V.) et POCHE (Ph.), « Why trade unions seek to coordinate wages and collective bargaining in the Eurozone: past developments and future prospects », *ETUI working paper*, n° 2011/3, Institut syndical européen, Bruxelles, 2011, 34 p.

<sup>43</sup> À ce sujet, voy. LAULOM (S.), « Passé, présent et futur de la négociation collective transnationale », *Dr. soc.*, 2007, n° 5, p. 623-629; TELLIJOHAN (V.) *et al.*, « European and international framework agreements: new tools of transnational industrial relations », *Transfer*, 2009, vol. 15, n°s 3-4, p. 505-525; LÉONARD (E.) et SOBCZAK (A.), « Les accords transnationaux d'entreprise et les autres niveaux de dialogue social », *C.H. CRISP*, 2010, n°s 2050-2051, 84 p.; HENDRICKX (K.), « Transnationale ondernemingsakkoorden en het (Europese) arbeidsrecht: een verkennend onderzoek », *T.S.R./R.D.S.*, 2010, n° 3, p. 387-424.

dique de ces accords demeure très incertain. Pour notre part, nous nous en tiendrons aux produits du dialogue social européen proprement dit<sup>44</sup>.

Sur un plan d'abord simplement quantitatif, les partenaires sociaux européens, tous niveaux confondus, ont produit en l'espace de vingt ans près de 600 documents: une septantaine à l'échelon interprofessionnel, plus de 500 textes au niveau des branches d'activité couvertes par un comité sectoriel<sup>45</sup>. Mais il faut immédiatement ajouter que ces documents sont très loin de tous revêtir la même portée juridique. De manière générale, on peut dire qu'on a d'abord assisté, au cours des années 1990, à un mouvement du *soft law* vers le *hard law*, avant que le balancier reparte dans l'autre sens au début des années 2000, en tout cas à l'échelon interprofessionnel<sup>46</sup>. Pour des raisons bien identifiées, la production normative des partenaires sociaux européens tend à se faire de plus en plus souple et floue. C'est ainsi qu'à côté des accords prévus par le traité, eux-mêmes de portée très inégale – nous y consacrerons l'essentiel des développements qui suivent (A) –, gravite une nébuleuse de textes aux statuts les plus divers, globalement marqués par une normativité très faible, pour ne pas dire nulle (B). Quantitativement, cette seconde catégorie de textes se taille la part du lion.

### A. *Les accords-cadres : tantôt intégrés par l'ordre juridique européen, tantôt parallèles à lui*

Qu'en est-il d'abord pour ce qui concerne les accords? À la suite de l'adoption du Protocole sur la politique sociale, les observateurs s'étaient divisés sur le succès qu'allait connaître le dispositif de négociation mis en place par les partenaires sociaux européens. Outre les nombreuses questions juridiques et techniques soulevées par le libellé lacunaire du texte, des divergences plus fondamentales étaient apparues à propos de la probabilité sociopolitique que les organisations professionnelles européennes s'emparent du

<sup>44</sup> Pour des aperçus d'ensemble antérieurs, voy. MAZUYER (E.), « Les instruments juridiques du dialogue social européen : état des lieux et tentative de clarification », *Dr. soc.*, 2007, n° 4, p. 476-485; LHERNOULD (J.-P.), « La négociation collective communautaire », *op. cit.*, p. 44-51; POCHE (P.) et VAN GEHUCHTEN (P.-P.), « Le dialogue social européen interprofessionnel et sectoriel », in *Dynamiques de la concertation sociale*, ARCQ (E.) et al. dir., CRISP, Bruxelles, 2009, p. 405-435.

<sup>45</sup> Tous ces textes peuvent être consultés sur la base de données du dialogue social européen gérée par la D.G. Emploi, Affaires sociales et Inclusion de la Commission: [ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=fr](http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=521&langId=fr).

<sup>46</sup> Sur la dynamique du dialogue social sectoriel, voy. DEGRYSE (C.) et POCHE (P.), « Has European sectoral social dialogue improved since the establishment of S.S.D.Cs. in 1998? », *Transfer*, 2011, vol. 17, n° 2, p. 145-158.

dispositif pour développer, ensemble, une véritable production normative. Conformément à son penchant optimiste, Brian Bercusson – le maître à penser du mouvement syndical européen – avait accueilli avec enthousiasme «la base constitutionnelle fondatrice d’un droit collectif du travail de l’Union européenne»<sup>47</sup>. Par contre, coutumier des analyses plus sombres et désenchantées, le sociologue allemand Wolfgang Streeck avait dit son profond scepticisme. Compte tenu de la propension tenace de l’UNICE à combattre farouchement toute forme de législation européenne contraignante en matière sociale, le scénario le plus probable à son estime était que le patronat allait s’emparer des prérogatives désormais dévolues aux partenaires sociaux pour faire triompher une version «laissez-faire» du principe de subsidiarité: les droits de consultation et de préemption du processus législatif allaient surtout permettre à l’UNICE de faire de l’obstruction avec une efficacité renouvelée et de s’assurer que le dialogue social européen n’accouche guère que de déclarations communes<sup>48</sup>.

Pour faire simple, on peut rétrospectivement dire que les années 1990 ont donné quelque crédit à l’optimisme de Bercusson, tandis que la décennie suivante, en revanche, a davantage illustré le risque pointé par Streeck. Après vingt ans, le bilan des négociations menées au niveau interprofessionnel est de neuf accords, en ce compris celui sur la politique sociale de 1991. Si on laisse celui-ci de côté, en raison de son caractère tout à fait à part et de son intégration dans le droit primaire, les huit accords conclus à ce jour sur la base de l’actuel article 155 du traité se répartissent en quatre accords mis en œuvre par décision du Conseil et quatre accords mis en œuvre selon les procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres. Les partenaires sociaux européens ont donc exploité à parité les deux voies ouvertes par le traité: l’homologation législative (1) et la mise en œuvre autonome (2). Mais, comme on va le voir, l’usage de ces deux voies alternatives ne s’est pas du tout fait au même moment, ni dans le même contexte institutionnel et politique. En termes de force normative, les résultats respectifs du recours à l’une et l’autre possibilité s’en ressentent fortement.

D’ores et déjà, on peut préciser que les partenaires sociaux européens ont pris l’initiative de qualifier leurs accords interprofessionnels successifs de *framework agreements*, c’est-à-dire d’«accords-cadres». Il faut savoir que les

---

<sup>47</sup> BERCUSSON (B.), «The collective labour law of the European Union», *European Law Journal*, 1995, vol. 1, n° 2, p. 176.

<sup>48</sup> STREECK (W.), «European social policy after Maastricht: the “social dialogue” and “subsidiarity”», *op. cit.*, p. 169.

négociations ont lieu principalement en anglais, surtout depuis l'élargissement de l'Union à l'Est. Aujourd'hui, c'est d'abord dans cette langue que sont rédigés les accords, avant d'être parfois traduits dans une ou plusieurs autres langues – généralement le français et l'allemand, quand traduction il y a. Le vocable d'«accord-cadre» exprime la vocation des produits de la négociation collective européenne à déterminer des orientations et des prescriptions minimales, sans régler eux-mêmes toutes les modalités de leur mise en œuvre. Par ailleurs, il n'est pas inintéressant de savoir que les partenaires sociaux européens ont, jusqu'ici, toujours fait confiance à des Belges pour présider leurs pourparlers au niveau interprofessionnel – lesquels ont en outre lieu à Bruxelles. C'est ainsi que les deux premiers accords-cadres ont été négociés sous la houlette de Johanna Walgrave, l'ancienne présidente de notre Conseil national du travail (C.N.T.), tandis que les suivants ont été négociés sous la présidence de Jean Degimbe, dont nous avons déjà croisé le nom à plusieurs reprises<sup>49</sup>.

## 1. Les accords-cadres homologués : du droit dérivé à part entière

L'adoption du Protocole sur la politique sociale n'a pas été immédiatement suivie d'effets tangibles. D'abord, il a fallu attendre son entrée en vigueur. Étant donné les difficultés rencontrées par le processus de ratification du traité de Maastricht, celle-ci n'est intervenue que le 1<sup>er</sup> novembre 1993. Ensuite, il a fallu trancher les principales questions juridiques laissées en suspens par le libellé de l'accord. À cet égard, la première communication de la Commission sur le dialogue social européen a joué un rôle important<sup>50</sup>.

En 1994, la Commission a fait application pour la première fois de l'obligation de consulter les partenaires sociaux, en saisissant ceux-ci du délicat dossier de l'information et de la consultation des travailleurs au sein des entreprises de dimension européenne, bloqué depuis de nombreuses années. À la suite de leur consultation – en deux temps, conformément à ce que prévoit le Protocole –, les partenaires sociaux n'ont pas formellement décidé d'actionner le mécanisme de préemption du processus législatif. Mais leurs pourparlers informels étaient à deux doigts d'un accord, que seule l'opposition du patronat britannique a empêché de conclure, de sorte que la Commission a pu directement s'appuyer sur leurs discussions pour

<sup>49</sup> CLAUWAERT (S.), « De Europese sociale dialoog: *quid en quo vadis?* », *op. cit.*, p. 79.

<sup>50</sup> Communication de la Commission du 14 décembre 1993, *op. cit.*

transmettre au Conseil une proposition de directive, qui a reçu son aval. Sans parvenir à atteindre un accord à proprement parler, les partenaires sociaux avaient ainsi à tout le moins largement déblayé la voie, laquelle a abouti à la création des comités d'entreprise européens<sup>51</sup>.

C'est l'année suivante, en 1995, que le dialogue social européen a engrangé sa première véritable réussite – sans doute la plus importante à ce jour. À la suite, à nouveau, d'une consultation initiée par la Commission, la C.E.S., l'UNICE et le C.E.E.P. ont entamé des négociations et conclu un accord-cadre sur le congé parental. Cet accord a consacré dans le chef de tous les travailleurs européens un droit individuel à bénéficier d'un congé de trois mois en raison de la naissance d'un enfant. Il a été coulé en forme de directive par le Conseil l'année suivante<sup>52</sup> et sa transposition a eu un impact majeur dans le droit social de tous les États membres de l'Union – sauf peut-être dans les pays scandinaves, pionniers dans le domaine de la conciliation entre vie professionnelle et vie familiale. La directive homologuant l'accord a été étendue au Royaume-Uni en 1997, après que le traité d'Amsterdam a rapatrié le Protocole sur la politique sociale dans le corps du traité. En Belgique, sa transposition s'est faite par l'adoption d'une convention collective de travail négociée au sein du C.N.T., dont la force obligatoire a été étendue *erga omnes* par arrêté royal<sup>53</sup>. La norme européenne a ainsi été mise en œuvre en droit interne d'une manière assez similaire à celle dont elle a été produite, c'est-à-dire par une négociation collective couplée à une ratification *ex post* des pouvoirs publics.

La négociation entre les trois organisations interprofessionnelles européennes à vocation générale a réussi là où les initiatives législatives antérieures de la Commission avaient toutes été rejetées par le Conseil, au sein duquel, comme dans le dossier des comités d'entreprise européens, elles s'étaient heurtées à l'intransigeance de Thatcher. Le point que n'avait pas anticipé Streeck dans son analyse prospective – il avait pronostiqué que le dialogue social européen n'allait déboucher sur aucun résultat substan-

---

<sup>51</sup> Directive 94/45/C.E. du Conseil du 22 septembre 1994 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs, *J.O.C.E.*, L. 254 du 30 septembre 1994, p. 64.

<sup>52</sup> Directive 96/34/C.E. du Conseil du 3 juin 1996 concernant l'accord-cadre sur le congé parental conclu par l'UNICE, le C.E.E.P. et la C.E.S., *J.O.C.E.*, L. 145 du 19 juin 1996, p. 4.

<sup>53</sup> Arrêté royal du 29 octobre 1997 rendant obligatoire la convention collective de travail n° 64 du 29 avril 1997, conclue au sein du Conseil national du travail, instituant un droit au congé parental, *M.B.*, 7 novembre 1997. Signalons que l'accord, comme les suivants, a fait l'objet de mesures de transposition distinctes dans le secteur public, dans la mesure où celui-ci n'est pas couvert par la négociation interprofessionnelle.



tiel –, c'est que le déblocage est venu de la conjonction de deux facteurs : d'une part, l'activisme de la Commission et, d'autre part, la levée du verrou de l'unanimité et le passage au vote à la majorité qualifiée dans plusieurs domaines importants de la politique sociale européenne. C'est à la fois parce que la Commission a investi les partenaires sociaux de la question du congé parental et parce que le passage à la majorité qualifiée rendait la menace d'une intervention législative crédible que le patronat européen n'a plus eu d'autre choix que de venir s'asseoir à la table des négociations et de jouer loyalement le jeu de la concertation sociale. Telle est la dynamique qu'avait bien pressentie Bercusson et qu'il avait exprimée au moyen d'une formule passée à la postérité : commentant le dispositif mis en place par l'accord sur la politique sociale, il avait écrit que les négociations entre les partenaires sociaux européens allaient se dérouler *in the shadow of the law* – « dans l'ombre de la loi » –, à l'image de ce qui se passe dans les États membres<sup>54</sup>.

Le même scénario s'est ensuite reproduit en 1997 et en 1999. Toujours à l'instigation directe de la Commission, la C.E.S., l'UNICE et le C.E.E.P. se sont emparés de la thématique du travail atypique. Dans ce contexte, ils ont successivement conclu un accord-cadre sur le travail à temps partiel (1997) et un accord-cadre sur le travail à durée déterminée (1999). L'un et l'autre interdisent de traiter les travailleurs engagés dans ces formes de travail de manière moins favorable que les travailleurs à temps plein et à durée indéterminée, et leur garantissent des droits au *pro rata* de leurs prestations. Les deux accords ont été repris par des directives<sup>55</sup>, alors que, là aussi, le Conseil n'avait pu s'entendre sur les propositions en la matière que lui avait soumises la Commission au cours des années 1980. En Belgique, la transposition s'est faite, conformément aux souhaits exprimés par les partenaires sociaux réunis au sein du Conseil national du travail, par la modification d'une convention collective de travail préexistante, complétée par

<sup>54</sup> BERCUSSON (B.), « Maastricht: a fundamental change in European labour law », *Industrial Relations Journal*, 1992, vol. 23, n° 3, p. 185.

<sup>55</sup> Directive 97/81/C.E. du Conseil du 15 décembre 1997 concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le C.E.E.P. et la C.E.S., *J.O.C.E.*, L. 14 du 20 janvier 1998, p. 9; directive 1999/70/C.E. du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre C.E.S., UNICE et C.E.E.P. sur le travail à durée déterminée, *J.O.C.E.*, L. 175 du 10 juillet 1999, p. 43.

une loi, dans le premier cas<sup>56</sup>, et uniquement par l'adoption d'une nouvelle loi dans le second<sup>57</sup>.

Parallèlement, trois accords sectoriels ont été conclus entre 1998 et 2000. Coulés en directives, ils portent sur l'organisation du temps de travail dans les secteurs des transports ferroviaire (1998), maritime (1998) et aérien (2000), que la directive sur l'aménagement du temps de travail avait laissés en dehors de son champ d'application<sup>58</sup>.

Enfin, le quatrième et dernier accord-cadre interprofessionnel mis en œuvre par décision du Conseil a été conclu bien plus tard que les autres, en 2009. À nouveau homologué par le biais d'une directive<sup>59</sup>, il ne s'agit en fait que de la refonte de l'accord de 1995 sur le congé parental. À cette occasion, la durée du congé a été portée de trois à quatre mois. On notera qu'au contraire des trois autres, cet accord-ci a été négocié et signé également par l'U.E.A.P.M.E., admise à la table des négociations au terme des péripéties que l'on a relatées. Le processus de transposition est en cours.

Dans la typologie d'Isabelle Hachez, on peut dire que, du point de vue de l'ordre juridique européen, les différents accords-cadres énumérés s'apparentent à du *soft law* périlégislatif, et plus précisément à du droit proposé. Les organisations syndicales et patronales européennes ont livré à la Commission et au Conseil des textes prêts à l'emploi, qui ne demandaient plus qu'à être formellement transmués en droit dérivé. En ce sens, on peut observer que les différentes directives d'homologation se contentent toutes de demander aux États membres de mettre en œuvre l'accord-cadre des partenaires sociaux reproduit *in extenso* en annexe de la directive proprement dite. Certes, la Commission et le Conseil ont à chaque fois vérifié la conformité de l'accord au droit européen et la représentativité de ses

---

<sup>56</sup> Arrêté royal du 12 mars 2000 rendant obligatoire la convention collective de travail n° 35bis du 9 février 2000, conclue au sein du Conseil national du travail, modifiant la convention collective de travail n° 35 du 17 février 1981 concernant certaines dispositions du droit du travail en matière de travail à temps partiel, *M.B.*, 29 mars 2000; loi du 5 mars 2002 relative au principe de non-discrimination en faveur des travailleurs à temps partiel, *M.B.*, 13 mars 2002.

<sup>57</sup> Loi du 5 juin 2002 sur le principe de non-discrimination en faveur des travailleurs avec un contrat de travail à durée déterminée, *M.B.*, 26 juin 2002.

<sup>58</sup> Après le tournant du début des années 2000 dont il sera question au début du point suivant, trois accords homologués ont encore été conclus à l'échelon sectoriel, les deux premiers à nouveau dans le secteur des transports – ferroviaire (2004) et maritime (2008) –, le troisième dans le secteur hospitalier et sanitaire (2009). Pour la référence aux directives d'homologation des différents accords sectoriels conclus à ce jour, voy. CLAUWAERT (S.), « De Europese sociale dialoog: *quid in quo vadis?* », *op. cit.*, p. 86, note infrapaginale n° 40.

<sup>59</sup> Directive 2010/18/U.E. du Conseil du 8 mars 2010 portant application de l'accord-cadre révisé sur le congé parental conclu par BusinessEurope, l'U.E.A.P.M.E., le C.E.E.P. et la C.E.S. et abrogeant la directive 96/34/C.E., *J.O.U.E.*, L. 68 du 18 mars 2010, p. 13.

organisations signataires avant de donner leur aval – ainsi qu’en rendent compte les considérants qui précèdent les directives d’homologation. Mais une fois ce double contrôle de légalité et de représentativité opéré, les deux institutions se sont toujours délibérément abstenues d’apporter la moindre modification aux textes des accords, afin de ne pas empiéter sur l’autonomie des partenaires sociaux européens. Là encore, cette retenue fait songer à la situation que l’on connaît en droit interne : on le sait, un arrêté royal étendant la force obligatoire d’une convention collective de travail doit ratifier celle-ci telle qu’elle a été conclue par les interlocuteurs sociaux et ne peut lui apporter de modifications.

Comme on a pu le constater, l’homologation des accords qui ont emprunté la voie de la réception en droit dérivé s’est jusqu’à présent toujours faite par le biais d’une directive. Le fait qu’il s’agit d’accords-cadres se prête sans doute mieux à cet instrument qu’à celui du règlement. Une fois homologués, les accords s’apparentent, en termes de force normative, à du droit européen à part entière. La Cour de justice a même reconnu qu’ils pouvaient se voir reconnaître un effet direct, aux mêmes conditions que les directives : si elles sont « inconditionnelles et suffisamment précises », les clauses des accords peuvent être invoquées par les particuliers devant un juge national<sup>60</sup>.

On ajoutera qu’à partir de leur reprise législative, les accords échappent en partie à leurs auteurs originaires. L’accord-cadre sur le travail à durée déterminée en a fourni l’illustration. À l’instar des autres accords homologués, cet accord contient une clause par laquelle les parties signataires demandent que toute question relative à son interprétation au niveau européen leur soit renvoyée « en premier lieu » par la Commission, afin qu’elles puissent donner leur avis<sup>61</sup>. Lorsque l’interprétation de l’accord a été portée devant la Cour de justice, à l’occasion de la célèbre affaire *Mangold*<sup>62</sup>, la Cour s’est assise – ou plus exactement, a dû s’asseoir – sur cette clause de renvoi, faute de mécanisme procédural permettant d’en tenir compte. À Luxembourg, il n’existe pas de mécanisme d’*amicus curiae*, pas plus qu’un système de renvoi préjudiciel devant les partenaires sociaux. Par conséquent, les auteurs de l’accord n’ont pas été consultés et c’est seule que la Cour l’a interprété. Dans une affaire ultérieure portant sur l’accord-cadre relatif au congé parental, la Cour a explicitement interrogé la Commission sur la question de

<sup>60</sup> C.J.C.E., 15 avril 2008, *Impact*, C-268/06, *Rec.*, 2008, p. I-2483, § 57 et 58.

<sup>61</sup> Directive 96/34/C.E. du Conseil du 3 juin 1996, clause n° 4.6; directive 97/81/C.E. du Conseil du 15 décembre 1997, préambule; directive 1999/70/C.E. du Conseil du 28 juin 1999, préambule; directive 2010/18/U.E. du Conseil du 8 mars 2010, clause n° 8.6.

<sup>62</sup> C.J.C.E., 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, *Rec.*, 2005, p. I-9981.

savoir si les partenaires sociaux avaient reçu l'occasion de donner leur avis sur l'interprétation de l'accord, ce à quoi la Commission a répondu par la négative<sup>63</sup>...

Dans l'hypothèse de l'homologation législative, on a ainsi affaire à un produit de l'autonomie collective qui se trouve dupliqué dans l'ordre juridique européen, lequel est alors en mesure de s'imposer à l'ordre socio-professionnel européen, c'est-à-dire aux partenaires sociaux organisés au niveau de l'Union. En témoigne également le fait que si ceux-ci venaient à abroger l'un de leurs accords, il n'y a pas de raison de penser que la directive d'homologation dudit accord en serait affectée : sauf décision en sens contraire du Conseil, la directive subsisterait et continuerait à s'imposer aux États membres. Sous cet angle, les partenaires sociaux européens disposent d'une aptitude moindre à imposer à l'ordre (supra-)étatique l'autonomie de leur ordre qu'à l'échelle nationale. C'est que, en droit interne, un arrêté royal étendant la force obligatoire d'une convention collective de travail cesse de produire ses effets dès le moment où cette convention prend fin<sup>64</sup>.

Malgré tout, on peut dire que, dans l'ensemble, l'évolution observée au cours des années 1990 traduisait un virage manifeste du *soft law* vers le *hard law*, dans le sillage de l'évolution qu'avait connue l'encadrement institutionnel du dialogue social européen. Encouragées par l'assouplissement des règles de vote au sein du Conseil et poussées dans le dos par la Commission, les confédérations syndicales et patronales européennes avaient commencé à codéterminer des standards sociaux minimaux, contraignants à l'échelle de l'Union.

## 2. Les accords-cadres autonomes : du *soft law* en attente de reprise à l'échelle nationale

Après les succès engrangés dans la seconde moitié des années 1990, la machine s'est sérieusement grippée au début des années 2000. Une série de pourparlers sur des sujets importants ont échoué à l'échelon interprofessionnel. L'événement déclencheur a été l'échec des négociations sur le travail intérimaire. Alors que les partenaires sociaux avaient déclaré à la Commission leur volonté de négocier un accord – lequel devait constituer le

---

<sup>63</sup> C.J.U.E., 16 septembre 2010, *Chatzi*, C-149/10, *Rec.*, 2010, p. I-8489, § 22 à 26. Pour un commentaire, voy. DORSSEMONT (F.), « Over ouderschap van C.A.O.'s en ouderschap van tweelingen », *Arbeidsrechtelijke Annotaties*, 2011, vol. 10, n° 1, p. 45-56.

<sup>64</sup> Article 33 de la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, *M.B.*, 15 janvier 1969. Je remercie F. Dorssemont d'avoir attiré mon attention sur ce point.

troisième volet d'un triptyque sur le travail atypique, aux côtés des accords-cadres sur le travail à temps partiel et sur le travail à durée déterminée –, ils ont finalement dû se résoudre à constater l'impossibilité de rapprocher leurs vues. L'échec s'est répété en matière d'information et de consultation des travailleurs et, plus tard, à propos de la révision de la directive relative aux comités d'entreprise européens. Dans ces deux derniers cas, c'est sur l'opportunité même d'engager des négociations que les partenaires sociaux se sont divisés, l'UNICE – devenue BusinessEurope – refusant d'accéder aux invitations de la C.E.S. à s'asseoir autour de la table. Dans ces différents dossiers emblématiques, la Commission a dû reprendre la main et une directive a été élaborée sans la participation des partenaires sociaux<sup>65</sup>. Mais dans bien d'autres problématiques en attente d'harmonisation, c'est le *statu quo* pur et simple qui a résulté des divergences de vues entre les confédérations syndicales et patronales européennes.

Ce tournant s'explique par deux facteurs importants – que tous les auteurs s'accordent pour pointer. Le premier est que, depuis les présidences de Romano Prodi (1999-2004) et, bien plus encore, José Manuel Barroso (2004-...), la Commission se montre de plus en plus en retrait dans le domaine de la politique sociale. Initiant toujours moins de propositions législatives, elle n'exerce plus guère de pression sur les partenaires sociaux. Sauf dans les trois cas évoqués, où une directive a finalement été adoptée par la voie législative classique, la Commission ne « menace » plus réellement les partenaires sociaux, comme elle le faisait auparavant, de reprendre la main et de porter l'affaire devant le Conseil s'ils ne parviennent pas à s'entendre. Du coup – c'est le second facteur explicatif –, BusinessEurope tend à se montrer particulièrement peu enclin au compromis, voire à tout simplement refuser les invitations à entamer une négociation. Dans la mesure où l'« ombre de la législation » s'est largement estompée, l'organisation patronale a recouvré la marge de manœuvre nécessaire pour, comme dans les années 1980, limiter autant que possible la concertation sociale à l'échange d'informations et à l'adoption de déclarations de principes non

---

<sup>65</sup> Directive 2008/104/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire, *J.O.U.E.*, L. 327 du 5 décembre 2008, p. 9; directive 2002/14/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, *J.O.C.E.*, L. 80 du 23 mars 2002, p. 29; directive 2009/38/C.E. du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs (refonte), *J.O.U.E.*, L. 122 du 16 mai 2009, p. 28.

contraignantes. C'est, on s'en souvient, le scénario qu'avait pronostiqué Wolfgang Streeck.

Depuis, le dialogue social européen a continué à fonctionner. Mais les instruments qui en sont issus se sont singulièrement ramollis. Pour ce qui concerne les accords – à côté desquels prolifèrent, ainsi qu'on le verra, une multitude de textes aux statuts les plus divers –, cinq accords-cadres ont été conclus au niveau interprofessionnel entre 2002 et 2010, avec la participation de l'U.E.A.P.M.E. À l'exception de la refonte de l'accord sur le congé parental, déjà évoquée, tous ont emprunté la voie de la mise en œuvre dite autonome, c'est-à-dire de la mise en œuvre conformément aux « procédures et pratiques propres aux partenaires sociaux et aux États membres ». Les partenaires sociaux ont d'abord attribué aux accords le qualificatif de « volontaires » (*voluntary agreements*) – ce qui n'était sans doute pas très heureux, un accord étant par définition volontaire. Depuis, la terminologie semble s'être stabilisée autour du vocable d'« accords autonomes ».

Le premier du genre est l'accord-cadre sur le télétravail, conclu en 2002. Alors que jusque-là, le recours à la voie autonome était toujours apparu assez peu probable aux commentateurs, en raison des nombreuses incertitudes qui planent sur ses modalités, les partenaires sociaux n'ont pas eu d'autre choix que d'y recourir, en raison du refus de l'UNICE de demander à la Commission et au Conseil de couler l'accord en directive. Encore, dans ce premier cas, la conclusion de l'accord faisait-elle suite à une consultation initiée par la Commission. Les accords suivants ont été non seulement mis en œuvre de manière autonome, mais aussi négociés à l'initiative des partenaires sociaux. Suite à l'échec des pourparlers sur le travail intérimaire, ceux-ci se sont en effet dotés, de trois ans en trois ans, de leur propre « programme de travail », afin de déterminer eux-mêmes l'agenda du dialogue social européen. C'est dans ce contexte que les partenaires sociaux ont successivement conclu un accord-cadre sur le stress lié au travail (2004), un accord-cadre sur le harcèlement et la violence au travail (2007) et un accord-cadre « sur les marchés du travail inclusifs » – *on inclusive labour markets* – (2010). Parallèlement, quelques accords autonomes ont été adoptés au niveau sectoriel, parmi lesquels un accord multisectoriel – le premier – relatif à la protection de la santé des travailleurs exposés à la silice cristalline (2006). Hormis ce dernier, aucun des différents accords autonomes n'a été publié au *Journal officiel*<sup>66</sup>. Les traductions informelles qui circulent prennent soin de préciser que seul le texte anglais fait foi.

---

<sup>66</sup> Pour en prendre connaissance, il faut consulter la base de données en ligne du dialogue social européen administrée par la Commission, dont l'adresse est renseignée à la note infrapaginale n° 45.

Ce tournant vers un dialogue social dit plus autonome a fait l'objet d'appréciations divergentes. Certains, largement majoritaires parmi les partisans d'un renforcement de l'Europe sociale, y ont vu plutôt un motif de préoccupation, dans la mesure où la voie autonome fait entièrement dépendre la mise en œuvre effective des accords de la volonté et de la capacité des partenaires sociaux européens à convaincre leurs affiliés nationaux et les États membres de la nécessité d'opérer une transposition. L'émergence d'une négociation collective affranchie du cadre institutionnel européen, et en particulier du droit de regard de la Commission sur les mises en œuvre nationales, risquerait de marquer une forme de retour à la période antérieure à l'accord sur la politique sociale de 1991, dans le sens où la concertation sociale organisée au niveau de l'Union en reviendrait à la production de recommandations, opinions conjointes et autres lignes directrices guère contraignantes<sup>67</sup>. Par contre, d'autres – mais on se permettra de relever qu'il s'agit davantage d'observateurs directement impliqués dans le dialogue social européen, des observateurs dont l'appréciation traduit donc un point de vue plus interne – ont pris la défense de l'évolution observée, en arguant en substance qu'au vu de la conjoncture politique et institutionnelle, il s'agit du moins mauvais résultat atteignable<sup>68</sup>.

En tout état de cause, on peut d'abord faire observer, avec Stijn Smismans, que la Commission – et, avec elle, « l'ombre de la législation » – reste plus présente qu'on ne s'accorde à le diagnostiquer et que les partenaires sociaux européens eux-mêmes ne le prétendent<sup>69</sup>. La genèse de l'accord-cadre sur le stress au travail de 2004 en fournit l'illustration. Alors que les partenaires sociaux avaient annoncé dans leur premier programme de travail triennal leur intention de négocier entre eux un « accord volontaire » sur la question du stress lié au travail, la Commission s'était empressée de les saisir formellement de la problématique, en initiant une consultation deux semaines à peine après l'adoption dudit programme de travail. Le procédé, qui avait suscité l'ire du banc patronal, visait en fait à permettre à la Commission

<sup>67</sup> En ce sens, KELLER (B.), « Social dialogues. The state of the art a decade after Maastricht », *Industrial Relations Journal*, 2003, vol. 34, n° 5, p. 411-429; MOREAU (M.-A.), *Normes sociales, droit du travail et mondialisation. Confrontations et mutations*, Coll. « À droit ouvert », Dalloz, Paris, 2006, p. 326 à 330.

<sup>68</sup> BRANCH (A.), « The evolution of the European social dialogue towards greater autonomy: challenges and potential benefits », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2005, vol. 21, n° 2, p. 321-346 (l'auteur était, à l'époque, fonctionnaire à la D.G. Emploi et Affaires sociales de la Commission); CLAUWAERT (S.), « 2011: 20 years of European interprofessional social dialogue. Achievements and prospects », *op. cit.*, p. 173 (chercheur à l'Institut syndical européen, l'auteur a participé à de nombreuses négociations interprofessionnelles au sein de la délégation de la C.E.S.).

<sup>69</sup> SMISMANS (S.), « The European social dialogue in the shadow of hierarchy », *Journal of Public Policy*, 2008, vol. 28, n° 1, « The shadow of hierarchy and new modes of governance », p. 172 à 176 (p. 176 pour l'exemple qui suit).

d'exercer un contrôle *ex post* sur le produit de la négociation collective et ses mises en œuvre, au motif que la négociation avait suspendu le cours du processus législatif normal. Cette tentative de rapatrier quelque peu le dialogue social autonome dans le giron de l'Union était une façon pour la Commission de faire entendre aux partenaires sociaux qu'elle se réservait la faculté d'initier une proposition législative au cas où elle viendrait à constater que les objectifs annoncés lors de la consultation n'ont pas été rencontrés par la voie autonome.

De manière plus générale, il est frappant de constater combien les initiatives des partenaires sociaux européens, surtout à l'échelon interprofessionnel, tendent à s'inscrire dans le cadre socio-économique et sémantique esquissé par la stratégie de Lisbonne – aujourd'hui remplacée par la stratégie Europe 2020, qui en est la continuation. Dans leurs programmes de travail conjoints, les partenaires sociaux ont ainsi largement adopté l'agenda et le vocabulaire, en particulier celui de la « flexicurité », de ces stratégies globales de moyen terme, dont la Commission est le moteur. Déjà à la fin des années 1990, ils avaient explicitement présenté leurs deux accords-cadres successifs sur le travail à temps partiel et le travail à durée déterminée comme une contribution à la stratégie européenne pour l'emploi – laquelle a été intégrée dans la stratégie de Lisbonne lors du lancement de celle-ci, en 2000. Dans le même sens, l'accord autonome sur le télétravail a été lui aussi placé sous le signe de la quête d'un équilibre, cher à la Commission et au Conseil européen, entre flexibilité du travail et sécurité des travailleurs, dans un contexte de passage à l'économie de la connaissance. Cette forme de cadrage cognitif de la négociation collective européenne, que l'institutionnalisation du dialogue social tripartite alimente directement, a probablement atteint son paroxysme avec l'accord-cadre sur les marchés du travail inclusifs de 2010, tant celui-ci est empreint, jusque dans son (improbable) intitulé, du jargon de la flexicurité et de l'« inclusion active »<sup>70</sup>.

Si l'agenda du dialogue social dit autonome s'avère ainsi largement « enchâssé » dans celui des institutions européennes, il n'empêche que, sur le plan juridique, les accords-cadres qui en sont issus posent un certain nombre de difficultés, singulièrement en ce qui concerne leur mise en œuvre. Alors que l'homologation législative a pour effet de dépouiller en partie les partenaires sociaux du produit de leur négociation, les parties signataires restent ici les seuls maîtres de leur texte. Faute d'une quel-

---

70 Sur la langue sociale de l'Union européenne, voy. DUMONT (D.), *La responsabilisation des personnes sans emploi en question*, préface de M. van de Kerchove, Bruxelles, La Chartre, 2012, n° 794, p. 442 et 443.



conque forme de réception en droit dérivé, les institutions comme les États membres sont déchargés de toute responsabilité en termes de transposition et de contrôle de celle-ci. Par conséquent, les accords autonomes ne peuvent conquérir une portée normative supérieure à celle d'un simple contrat qu'à la faveur de reprises à l'échelle nationale leur assurant une réelle effectivité. Pour apprécier leur portée normative, on est donc forcé de juger sur pièce, au cas par cas.

On commence à disposer du recul suffisant à cet effet. Sans surprise, il s'avère que l'on a assisté dans les faits à des transpositions nationales de nature extrêmement variable, en fonction de la tradition sociale et de la configuration des relations collectives de travail propres à chaque État membre. La mise en œuvre de l'accord-cadre sur le stress au travail en constitue une illustration frappante. En 2008, quatre ans après sa signature, les partenaires sociaux ont fait rapport sur le sujet, conformément aux engagements qu'ils avaient pris en ce sens dans l'accord lui-même<sup>71</sup>. En 2011, ce sont les services de la Commission qui se sont livrés au même exercice<sup>72</sup>. Ces évaluations montrent combien la situation est contrastée d'un État membre à l'autre.

Ainsi, dans plusieurs pays de l'Est, les partenaires sociaux nationaux ont préféré s'en remettre au législateur, compte tenu de leur faible représentativité, de sorte que l'accord a été transposé en droit interne par une loi – parfois élaborée avec leur concours. Dans certains États membres d'Europe continentale, l'accord a été repris dans une convention collective de travail conclue au niveau interprofessionnel, dont la force obligatoire a parfois été étendue *erga omnes*. Dans d'autres pays d'Europe continentale ainsi que dans les pays scandinaves, la mise en œuvre s'est par contre plutôt faite par le biais de conventions collectives négociées à l'échelon sectoriel. Par ailleurs, dans la plupart des États qui se sont dotés d'un cadre juridique – qu'il soit de type législatif ou conventionnel –, des actions de sensibilisation ont été parallèlement entreprises par les organisations représentatives. Au Royaume-Uni et en Irlande, les partenaires sociaux nationaux se sont contentés d'établir un « guide » à l'intention des employeurs. Il faut en effet se souvenir que dans la tradition sociale britannique, un *agreement* est un simple engagement moral, dénué d'effet juridique tant et aussi longtemps qu'il n'est pas incorporé dans

<sup>71</sup> ETUC, BUSINESSEUROPE, U.E.A.P.M.E. ET C.E.E.P., *Implementation of the European Autonomous Framework Agreement on Work-Related Stress. Report by the European Social Partners*, adopté par le Comité du dialogue social le 18 juin 2008, Bruxelles, 2008, 52 p.

<sup>72</sup> Commission Staff Working Paper du 24 février 2011, « Report on the implementation of the European social partners' framework agreement on work-related stress », SEC (2011) 241 final, 93 p.

les contrats de travail individuels. Enfin, dans de nombreux États membres issus de l'élargissement, on se trouve encore un peu plus bas sur l'échelle de la normativité, et même à son niveau zéro, puisque pas la moindre action substantielle n'a été initiée par les partenaires sociaux nationaux pour transposer l'accord.

De la vieille à la nouvelle Europe, sans oublier l'Europe insulaire, on découvre ainsi un patchwork de mises en œuvre particulièrement divergentes, puisque le spectre va d'une intervention du législateur central au néant pur et simple, en passant par la conclusion d'accords collectifs, la diffusion de simples recommandations et le déploiement de mesures de sensibilisation. Un bilan largement similaire a été établi à propos de la mise en œuvre de l'accord-cadre sur le télétravail<sup>73-74</sup>, et on semble s'orienter vers un même constat à propos des accords autonomes adoptés à l'échelon sectoriel<sup>75</sup>. Pour poursuivre avec notre exemple, les travailleurs européens ne sont donc de toute évidence pas égaux en matière de lutte contre l'anxiété causée par l'intensification et la précarisation des conditions de travail. Si l'adoption par les partenaires sociaux européens d'un accord-cadre autonome a eu un impact réel, dans la mesure où elle a amené de nombreux États qui n'en disposaient pas à se doter d'un cadre juridique et a poussé les interlocuteurs sociaux nationaux à s'emparer de la problématique, il reste que les travailleurs ne bénéficient pas du même cadre protecteur d'un État membre à l'autre, voire d'un secteur économique à l'autre à l'intérieur d'un même État – alors qu'ils sont par contre tous titulaires du droit individuel à un congé parental de quatre mois suite à la naissance d'un enfant.

Mais que peuvent les confédérations syndicales et patronales européennes lorsque leurs affiliés nationaux, quand bien même leur auraient-ils donné un mandat de négociation, ne jouissent au sein de leur pays que d'une représentativité, d'une légitimité ou d'un poids politique particulièrement faibles? On aura compris que le problème se pose surtout dans les États

---

<sup>73</sup> ETUC, UNICE, U.E.A.P.M.E. ET C.E.E.P., *Implementation of the European Framework Agreement on Telework. Report by the European Social Partners*, adopté par le Comité du dialogue social le 28 juin 2006, Bruxelles, 2006, 36 p.; Commission Staff Working Paper du 2 juillet 2008, « Report on the implementation of the European social partners' framework agreement on telework », SEC (2008) 2178, 60 p.

<sup>74</sup> Sur la mise en œuvre de l'un et l'autre accord, voy. également l'étude de POSSER (T.), « The implementation of the telework and work-related stress agreements: European social dialogue through 'soft law'? », *European Journal of Industrial Relations*, 2011, vol. 17, n° 3, p. 245-260, et les nombreuses références citées.

<sup>75</sup> KELLER (B.) et WEBER (S.), « Sectoral social dialogue at E.U. level: problems and prospects of implementation », *European Journal of Industrial Relations*, 2011, vol. 17, n° 3, p. 227-243.

membres issus de l'élargissement vers l'Est<sup>76</sup>. Face aux mises en œuvre de l'accord-cadre déficitaires, voire nulles, la Commission, par contre, n'est pas totalement hors jeu – dans le cas de l'accord sur le stress en tout cas. Certes, l'absence de droit dérivé la prive de l'arme du recours en constatation de manquement. Mais puisqu'elle a pris soin d'initier formellement une consultation des partenaires sociaux avant que ceux-ci entament leurs négociations, elle dispose théoriquement de la faculté de réenclencher – et surtout de menacer de réenclencher – le processus législatif ordinaire, au motif que les objectifs fixés initialement n'ont pas été atteints par les partenaires sociaux. Dans sa communication sur le dialogue social consécutive à l'élargissement de 2004, la Commission avait d'ailleurs explicitement affirmé sa préférence pour une mise en œuvre des accords par voie de directives « lorsque des droits fondamentaux ou d'importants choix politiques sont en jeu »<sup>77</sup>.

Force est de constater qu'à ce jour, elle n'a pas pris d'initiatives pour concrétiser ce souhait, alors que, dans son rapport sur la mise en œuvre de l'accord-cadre, elle admet elle-même qu'en raison des « disparités persistantes » entre États membres, « il n'est pas possible de conclure qu'un niveau minimum de protection a été mis en place dans toute l'Union européenne »<sup>78</sup>. En outre, on ne peut pas dire que la problématique soit anecdotique. À nouveau d'après la Commission elle-même, l'anxiété causée par le milieu professionnel est à l'origine de plus de la moitié des journées de travail perdues en Europe et aurait un coût direct équivalent à 4% du P.I.B. de l'Union<sup>79</sup>.

Dans ce contexte, qu'en est-il des transpositions réalisées jusqu'à présent en Belgique, à tout le moins pour ce qui concerne les accords conclus au niveau interprofessionnel? Conformément aux « procédures et pratiques » bien ancrées dans notre tradition sociale, l'accord-cadre sur le télétravail a donné lieu à une convention collective négociée au sein du C.N.T., dont

<sup>76</sup> Sur l'organisation de la concertation sociale au sein des États membres post-communistes, voy. MEARDI (G.), « More voice after more exit? Unstable industrial relations in Central Eastern Europe », *Industrial Relations Journal*, 2007, vol. 38, n° 6, p. 503-523. Pour un panorama de l'état des relations collectives de travail dans l'ensemble de l'Union, voy. le rapport bisannuel de la Commission européenne, *Industrial Relations in Europe 2010*, Office des publications de l'Union européenne, Luxembourg, 2011, 225 p.

<sup>77</sup> Communication de la Commission du 12 août 2004, *op. cit.*, p. 11.

<sup>78</sup> Commission Staff Working Paper du 24 février 2011, *op. cit.*, p. 3 et 32.

<sup>79</sup> COMMISSION EUROPÉENNE, « Sécurité et santé au travail: l'accord entre travailleurs et employeurs fait progresser la lutte contre le stress au travail », communiqué de presse n° IP/11/223, Bruxelles, 24 février 2011.

la force obligatoire a été étendue par arrêté royal<sup>80</sup>. Pour ce qui concerne l'accord sur le stress au travail, les interlocuteurs sociaux ont considéré que la convention collective interprofessionnelle, elle aussi ratifiée par arrêté royal<sup>81</sup>, dont ils s'étaient dotés déjà plusieurs années auparavant en fournissait une mise en œuvre adéquate – d'autant plus que ladite convention a en fait constitué une source d'inspiration pour l'accord-cadre européen<sup>82</sup>. De la même manière, ils ont considéré que la législation belge sur le bien-être au travail était déjà conforme à l'accord-cadre sur le harcèlement et la violence au travail<sup>83</sup>. On peut ainsi constater que les interlocuteurs sociaux belges veillent à donner suite aux accords-cadres autonomes : ils scrutent l'arsenal législatif et conventionnel existant, le complètent si nécessaire et font rapport sur les mesures de mise en œuvre adoptées. Du coup, on peut dire que, dans les faits, les accords autonomes ont produit en Belgique des effets normatifs similaires à ceux d'une directive. Mais cela ne tient qu'à la volonté des interlocuteurs sociaux belges de se montrer « bons élèves ».

Par ailleurs, il reste encore à voir comment l'accord-cadre sur les marchés du travail inclusifs sera transposé. Pour cela, il faudra au préalable s'accorder sur les prescriptions qu'il contient... à supposer qu'il en contienne. Les accords-cadres autonomes antérieurs, en dépit des incertitudes que l'on sait sur leur force contraignante, étaient à tout le moins rédigés à la manière d'une directive, de façon à faire apparaître un certain nombre d'exigences à satisfaire. Par contraste, le dernier venu du dialogue social autonome marque une nouvelle étape dans le ramollissement des produits de la négociation collective européenne. Cette fois, c'est son contenu même, le *negotium* proprement dit, qui s'avère marqué par une densité normative particulièrement faible. Rédigé dans la novlangue typique des stratégies de Lisbonne et Europe 2020, le texte fait songer aux avis communs de la seconde moitié des années 1980 : les parties signataires y posent un constat général – trop de personnes en âge de travailler restent exclues du marché de l'emploi ou enfermées dans ses marges – et esquissent quelques pistes très vagues – du type : il faut s'allier pour restaurer l'image de certains secteurs

---

<sup>80</sup> Arrêté royal du 13 juin 2006 rendant obligatoire la convention collective de travail n° 85 du 9 novembre 2005, conclue au sein du Conseil national du travail, concernant le télétravail, *M.B.*, 5 septembre 2006.

<sup>81</sup> Arrêté royal du 21 juin 1999 rendant obligatoire la convention collective de travail n° 72 du 30 mars 1999, conclue au sein du Conseil national du travail, concernant la gestion de la prévention du stress occasionné par le travail, *M.B.*, 9 juillet 1999.

<sup>82</sup> POSSEY (T.), « The implementation of the telework and work-related stress agreements: European social dialogue through 'soft law' ? », *op. cit.*, p. 256.

<sup>83</sup> Loi du 11 juin 2002 relative à la protection contre la violence et le harcèlement moral ou sexuel au travail, *M.B.*, 22 juin 2002.

d'activité et améliorer la formation –, mais pas davantage. Par conséquent, même si la négociation de l'accord a nécessité dix mois de pourparlers tendus entre les partenaires sociaux européens<sup>84</sup>, on reste bien en peine de lui identifier un contenu normatif un tant soit peu substantiel, auquel les interlocuteurs sociaux nationaux pourraient donner suite.

Pour conclure sur la seconde génération d'accords-cadres européens, on peut dire qu'ils s'apparentent à du *soft law* paralégislatif. À l'exception du dernier exemple cité, ils présentent indéniablement une certaine normativité: ils ont vocation à «impacter», pour le dire en français, les ordres juridiques nationaux. Mais malgré cela, et même s'ils sont prévus par le traité, ils prospèrent en marge – à côté – de l'ordre juridique européen et des ordres juridiques étatiques. Ni le premier ni les seconds n'en opèrent une quelconque forme de réception. On s'en souvient, la déclaration qui assortit le Protocole sur la politique sociale prend même soin de décharger explicitement les États membres de toute responsabilité en termes de mise en œuvre. Par conséquent, l'effectivité de ces accords est entièrement tributaire d'une reprise législative ou conventionnelle à l'échelle nationale. Faute de «police» interne suffisamment développée, les partenaires sociaux européens ne disposent d'aucun moyen de s'assurer d'une telle reprise. Par ailleurs, dans le cas particulier de l'accord-cadre sur les marchés du travail inclusifs, le *soft law* n'est pas seulement para- mais aussi intralégislatif, en raison de l'imprécision qui affecte le libellé même du texte. Face à un instrument ainsi à la fois mou en termes de contenant formel et flou en termes de contenu, on peut se demander s'il y a encore lieu de maintenir à côté de l'épithète *soft* le substantif *law*.

### B. *Les autres produits du dialogue social européen: le foisonnement du droit spontané*

Pour achever cet aperçu, il reste à dire un mot – succinct – sur les autres instruments issus des relations conventionnelles entre les partenaires sociaux européens. À côté des accords proprement dits, ceux-ci ont en effet produit pléthore de documents aux intitulés et aux statuts les plus divers. Avec ces documents, on s'éloigne encore un peu plus du droit positif classique. Mais il est difficile de ne pas les évoquer, fût-ce brièvement, parce que, en termes

<sup>84</sup> BIR (J.) et CLAUWAERT (S.), « European social partners committed to inclusion », *Transfer*, 2010, vol. 16, n° 4, p. 559.

quantitatifs, ils représentent l'immense majorité des textes adoptés par les partenaires sociaux – plus de 95 %.

Ce type de textes est déjà ancien. On sait en effet que la Commission avait pris l'habitude de consulter les partenaires sociaux bien avant que l'adoption du Protocole sur la politique sociale de 1991 l'y contraigne. À l'occasion de ces consultations, les partenaires sociaux ont été amenés à s'accorder sur de nombreux avis et recommandations. L'influence que ce droit de type consultatif et recommandatoire a pu avoir sur le processus législatif européen ne doit pas être minorée. L'élaboration de la première directive sur les comités d'entreprise européens en fournit un bon exemple.

Depuis le tournant du début des années 2000, les textes ne relevant pas de la catégorie des accords se sont multipliés et, surtout, considérablement diversifiés. On peut même dire qu'à la faveur de l'émergence d'un dialogue social dit plus autonome, les organisations syndicales et patronales européennes ont fait preuve d'une créativité terminologique quelque peu déroutante. Outre les avis, les recommandations et les programmes de travail, déjà évoqués, on a ainsi vu se multiplier, en particulier à l'échelon sectoriel, les déclarations, les positions, les guides, les cadres d'action, les lignes directrices, les codes de conduite, les outils, les orientations, et on en passe. Sans doute y a-t-il là un signe de l'irrésistible émergence du « droit » spontané, de la manière d'anarchie normative qui, partout, caractérise les relations collectives de travail<sup>85</sup>. L'absence de constance et de rigueur des partenaires sociaux dans l'emploi des termes ne facilite pas le décodage de ce vaste *corpus*. Ainsi est-il déjà arrivé que les parties signataires emploient l'expression « accord » pour qualifier des textes ne contenant guère que de vagues souhaits, dont les organisations nationales sont invitées à « discuter » entre elles, de sorte qu'il ne s'agit en réalité aucunement d'accords au sens de l'article 155 du traité<sup>86</sup>.

On aura compris que, dans la plupart des cas, on a affaire à des textes dont la normativité est très faible, voire nulle. La volonté affichée par les organisations d'employeurs de faire du dialogue social un forum d'échange

---

<sup>85</sup> Comme l'a fait observer Pierre-Paul Van Gehuchten, le recours quasi systématique des interlocuteurs sociaux belges à l'outil standard de la convention collective de travail ne doit pas masquer la grande diversité des types d'engagement pris dans les textes qu'ils adoptent (POCHET (P.) et VAN GEHUCHTEN (P.-P.), « Le dialogue social européen interprofessionnel et sectoriel », *op. cit.*, p. 416). D'une certaine manière, c'est donc notre propre situation que le foisonnement européen nous renvoie en miroir.

<sup>86</sup> Dans cette veine, on peut par exemple citer l'accord-cadre de recommandation GEOPA/COPA-EFA du 24 juillet 1997 pour l'amélioration de l'emploi salarié en agriculture dans les États membres de l'Union européenne, ainsi que l'accord FERCO-EFATT du 31 janvier 2007 sur la responsabilité sociale des entreprises dans le secteur de la restauration collective concédée.

d'informations et de bonnes pratiques plutôt que de négociation de normes contraignantes n'y est pas pour rien. Compte tenu du désengagement de la Commission, le banc syndical s'est résolu, tant bien que mal, à voir dans la diversification des instruments utilisés un moyen de maintenir à tout le moins le contact et de tenter autant que faire se peut de rapprocher les vues, dans la perspective hypothétique de négociations futures. Le recours accru aux instruments souples permet également d'élargir l'agenda des pourparlers à des questions moins conflictuelles que l'harmonisation du noyau dur des conditions de travail, en y incluant des problématiques telles que la responsabilité sociale des entreprises, la formation continue, l'égalité de genre ou le développement durable<sup>87</sup>.

Dans le contexte de cette profusion de documents assez pauvres en contenu normatif, l'attention mérite cependant d'être attirée sur l'émergence d'un type de textes un peu moins « mous » que les autres. Il s'agit de ce que la Commission, dans un essai de typologie des résultats du dialogue social destiné à y mettre un semblant d'ordre, a appelé les « textes basés sur les processus »<sup>88</sup>. Sous ce vocable, la Commission englobe les textes qui ont en commun d'avoir pour objet davantage l'établissement de procédures de suivi que la formalisation de standards minimaux. À côté des nombreux avis, outils et autres déclarations, les partenaires sociaux ont en effet adopté un certain nombre de documents – tels les cadres d'action – qui présentent comme spécificité d'adosser à la proclamation d'objectifs et de recommandations généraux des prescriptions, parfois assez détaillées, à propos de l'évaluation de la mise en œuvre desdites recommandations. Autrement dit, les principaux engagements pris par les parties signataires dans ces textes sont de faire rapport sur les résultats obtenus par leurs affiliés nationaux et de se revoir à échéances régulières pour les évaluer.

La multiplication des textes dits basés sur les processus depuis le début des années 2000 est en partie due à l'influence de la méthode ouverte de coordination (MOC), lancée à la même époque par l'Union européenne pour mettre en œuvre la stratégie de Lisbonne<sup>89</sup>. On le sait, la mise sur pied de la MOC visait à assurer, par le biais de techniques d'évaluation mutuelle et le recours à des indicateurs, la traduction d'un certain nombre d'objectifs communs dans les politiques socio-économiques des États membres. En

<sup>87</sup> Sur tout ceci, GOETSCHY (J.), « The European social dialogue in the 1990s: institutional innovations and new paradigms », *Transfer*, 2005, vol. 11, n° 3, p. 409-422.

<sup>88</sup> Communication de la Commission du 12 août 2004, *op. cit.*, p. 18.

<sup>89</sup> Sur cette évolution – qu'un groupe d'experts et, à sa suite, la Commission ont fortement encouragée –, voy. notamment MAZUYER (E.) et DE LA ROSA (S.), « La régulation sociale européenne et l'autorégulation : le défi de la cohérence dans le recours à la *soft law* », *Cah. dr. europ.*, 2009, n°s 3-4, p. 327 à 331.

matière de dialogue social, il est possible que, dans certains domaines et secteurs, les mécanismes de suivi mis en place préparent le terrain pour des accords collectifs ou des interventions législatives futurs. L'accord conclu en 2009 dans le secteur hospitalier et sanitaire aux fins de prévenir les blessures par objets tranchants en fournit peut-être un exemple, dans le sens où l'adoption de cet accord – qui a été transformé en directive à la demande des parties signataires<sup>90</sup> – avait été précédée quelques années plus tôt par celle d'un code de conduite<sup>91</sup>. Mais la question demeure de savoir si le processus aurait abouti si la Commission n'avait pas clairement fait connaître son intention de parvenir à l'adoption d'un cadre contraignant, dans la mesure où, lors des consultations, les organisations patronales du secteur avaient affirmé leur opposition à toute forme de législation en la matière, arguant qu'il n'en était nul besoin<sup>92</sup>. De manière générale, on ne dispose pas pour l'instant d'indices suggérant que les textes basés sur les processus constituent l'antichambre d'actes de *hard law*.

## Conclusion : relancer le dialogue social européen ?

Vingt ans après la négociation autofondatrice de 1991, il paraît difficile de dire que l'Union européenne a vu se développer à son niveau un véritable espace de négociation collective, comparable à celui que connaissent les États membres – du moins ceux de l'Europe des Quinze. Un mécanisme de concertation sociale spécifiquement européen a bien vu le jour. Consacré par le droit primaire, son cadre juridique semble aujourd'hui stabilisé. Ce mécanisme autorise une grande flexibilité normative, puisqu'il permet de produire du droit dérivé doté d'effet direct comme de simples déclarations et avis, en passant par des accords dont la mise en œuvre incombe aux organisations professionnelles nationales. L'outil existe donc.

Mais en pratique, le nombre de textes adoptés par les partenaires sociaux européens dont l'ambition dépasse un degré simplement informatif ou déclaratoire demeure assez limité. De surcroît, le contraste est assez frappant entre l'usage que les partenaires sociaux ont fait du dispositif au cours

---

<sup>90</sup> Directive 2010/32/U.E. du Conseil du 10 mai 2010 portant application de l'accord-cadre relatif à la prévention des blessures par objets tranchants dans le secteur hospitalier et sanitaire conclu par l'HOSPEM et la F.S.E.S.P., *J.O.U.E.*, L. 134 du 1<sup>er</sup> juin 2010, p. 66.

<sup>91</sup> MORTIER (K.), « De sectorale sociale dialogo: de sectorale Europese C.A.O. », *Oriëntatie*, 2010, n° 3, p. 95.

<sup>92</sup> DEGRYSE (C.) et POCHE (P.), « Has European sectoral social dialogue improved since the establishment of S.S.D.Cs. in 1998 ? », *op. cit.*, p. 153.



des années 1990 et celui qu'ils en ont fait au cours de la décennie suivante. Au regard des premiers succès engrangés sous la forme d'accords homologués par voie de directives, il est difficile de ne pas voir dans les « accords autonomes » et les « textes basés sur les processus » qui leur ont succédé une forme de pis-aller. Même si on aurait tort de les déconsidérer pour le seul motif qu'ils ne revêtent pas les habits du droit dérivé – les accords-cadres autonomes peuvent être crédités de retombées réelles dans la majorité des espaces législatifs et conventionnels nationaux –, il reste qu'ils n'offrent aucune garantie en termes de mise en œuvre effective et uniforme des standards minimaux établis. Dans l'ensemble, le maillage juridique des relations de travail opéré par la concertation sociale européenne demeure assez lâche. Partant, on peut se demander si l'« émancipation » du dialogue social hors de l'ombre de l'ordre juridique européen n'est pas, en l'état des choses, avant tout synonyme de ravalement à une forme de gouvernance molle<sup>93</sup>.

Les raisons de ce faible développement quantitatif doublé d'un affadissement qualitatif sont bien connues: elles ont pour nom attentisme de la Commission et réticence – pour ne pas dire mauvaise volonté – du camp patronal. Pour conclure en se positionnant sur le terrain de la prospective, faut-il s'y résigner? L'histoire du dialogue social européen suggère qu'il n'y a pas de fatalité, mais que seul le volontarisme permettra de sortir du *statu quo*. Dans la perspective d'une relance de la négociation collective européenne, deux lignes propositionnelles distinctes mais complémentaires peuvent être évoquées.

En premier lieu, une série d'aménagements techniques et pratiques pourraient être apportés au dispositif existant. Les quelques pistes concrètes qui suivent sont largement empruntées à Stefan Clauwaert, dont les suggestions sont fondées sur une longue expérience de la négociation collective au niveau européen<sup>94</sup>. En termes d'impulsion, on pourrait imaginer que la Commission prenne l'initiative de consulter systématiquement les partenaires sociaux sur toute proposition législative susceptible d'avoir un impact dans le domaine de la politique sociale, même si elle ne ressortit pas techniquement à celui-ci. Ce serait là une manière de donner aux organisations patronales et syndicales européennes l'occasion de faire entendre plus souvent leur voix et de les investir d'un spectre de problématiques plus

<sup>93</sup> C'est la thèse de SMISMANS (S.), « The European social dialogue in the shadow of hierarchy », *op. cit.*, p. 178.

<sup>94</sup> CLAUWAERT (S.), « 2011: 20 years of European interprofessional social dialogue. Achievements and prospects », *op. cit.*, p. 174 à 177; CLAUWAERT (S.), « De Europese sociale dialoog: *quid in quo vadis?* », *op. cit.*, p. 87 à 89.

large<sup>95</sup>. Quant aux travaux des partenaires sociaux, sans doute gagneraient-ils en efficacité si leurs protagonistes pouvaient compter sur le soutien logistique d'un secrétariat permanent. À la manière de celui dont est par exemple doté le Conseil national du travail belge, un tel secrétariat pourrait avoir pour mission de préparer les rencontres, d'en dresser le procès-verbal, de fournir une assistance juridique, voire d'organiser des conciliations entre les délégations – bref, de faciliter le fonctionnement concret du dialogue social européen et d'en être la mémoire.

Pour ce qui concerne les instruments utilisés, il serait souhaitable, en termes de lisibilité, que les partenaires sociaux veillent à dompter quelque peu leur créativité terminologique, en prenant davantage la peine de clarifier le statut précis qu'ils entendent assigner à chacun de leurs textes. Dans le même ordre d'idées, traduire ceux-ci systématiquement dans les différentes langues officielles de l'Union apparaît comme un prérequis difficilement évitable si l'on veut que les organisations professionnelles nationales puissent se les réapproprier et leur donner suite. Pour ce qui concerne l'interprétation et le contrôle de la mise en œuvre des accords, enfin, on peut évoquer – à tout le moins pour ce qui concerne les accords homologués – l'idée de créer une chambre sociale au sein de la Cour de justice et de permettre aux partenaires sociaux d'y intervenir à la cause en tant qu'*amicus curiae*, lorsqu'une affaire touche à leur production normative. Une telle évolution devrait pouvoir être opérée par le biais d'une révision du règlement de procédure de la Cour, sur la base de l'invitation désormais faite à l'ensemble des institutions de l'Union de reconnaître et promouvoir le rôle des partenaires sociaux et de respecter leur autonomie (article 152, § 1<sup>er</sup>)<sup>96</sup>.

Sans doute les pistes qui précèdent pourraient-elles s'avérer utiles pour améliorer le potentiel du dialogue social européen. Mais l'évolution de la conjoncture politico-institutionnelle observée au cours des années 2000 invite à penser que ce type d'aménagements ne suffira pas pour surmonter les obstacles plus fondamentaux qui handicapent le fonctionnement du dispositif. Élargir le champ de la consultation des partenaires sociaux européens et faire traduire leurs textes dans toutes les langues de l'Union, aussi indispensable que ça puisse être, n'offre aucune garantie que les intéressés

---

<sup>95</sup> À titre d'exemple, les partenaires sociaux n'ont pas été consultés sur l'élaboration de deux textes aux répercussions aussi importantes que la directive dite Bolkenstein et, précédemment, la directive relative à l'égalité de traitement en matière d'emploi.

<sup>96</sup> En vertu de l'article 253, alinéa 6, du traité, le règlement de procédure est établi par la Cour elle-même, moyennant « l'approbation » du Conseil. Pour sa version coordonnée, voy. Version consolidée du règlement de procédure de la Cour de justice, *J.O.U.E.*, C. 177 du 2 juillet 2010, p. 1.

vont recommencer à produire de la norme aux fins d'encadrer et de domestiquer le marché intérieur – tel était bien le projet initial. C'est pourquoi une seconde ligne prospective, plus politique que la précédente, peut être esquissée. Elle a trait à la structuration de l'ordre socioprofessionnel européen, et à sa composante syndicale en particulier.

Dans le cadre national – en Belgique en tout cas –, l'immixtion des pouvoirs publics dans la concertation sociale est généralement accueillie avec beaucoup de suspicion par les interlocuteurs sociaux, qui y voient une forme d'entrave à leur autonomie. Au niveau européen, la situation est bien différente. Non que les partenaires sociaux européens disent ne pas tenir à leur autonomie, mais bien que le dispositif produit objectivement très peu de résultats tangibles lorsqu'il est laissé en dehors de la présence du politique : toute la genèse et l'évolution du dialogue social européen, depuis 1985 jusqu'à aujourd'hui, sont là pour le montrer. À partir de ce constat, on peut être tenté de penser que l'urgence première pour revitaliser la négociation collective européenne est d'appeler la Commission à sortir de sa léthargie et à prendre plus au sérieux le rôle de « facilitateur » du dialogue social que lui assigne le traité (article 154, § 1<sup>er</sup>). Mais outre sa fragilité politique, cette stratégie présente pour inconvénient majeur de faire dépendre le dynamisme de la négociation collective de l'agenda de la Commission – et, en arrière-plan, du bon vouloir du Conseil.

Si l'on veut revitaliser le dialogue social européen tout en évitant que le politique ait sans cesse à s'y immiscer, une autre piste consisterait à donner aux partenaires sociaux européens les moyens d'être réellement autonomes, en développant un véritable droit des relations collectives européennes de travail. Il s'agirait, comme Delors et la C.E.S. l'avaient un moment envisagé<sup>97</sup>, de mettre les confédérations européennes en mesure d'élaborer des standards qui s'imposent à leurs affiliés nationaux. À l'évidence, cela impliquerait de clarifier le régime juridique des accords autonomes, en particulier la question de leur mise en œuvre et du contrôle de celle-ci. Pour y parvenir, une solution concrète – souvent évoquée – pourrait être d'amener les partenaires sociaux européens à négocier eux-mêmes une réécriture du cadre de leurs pourparlers.

Mais tout porte à croire que ce processus « constituant » ne pourra aboutir sans une condition capitale préalable : tant et aussi longtemps que la Confédération européenne des syndicats ne sera pas en mesure d'organiser, à l'échelle

<sup>97</sup> MIAS (A.), « Du dialogue social européen au travail législatif communautaire : Maastricht, ou le syndical saisi par le politique », *op. cit.*, notes infrapaginales n<sup>os</sup> 24 et 38, p. 664 et 668.

de l'Union, des démonstrations de force transnationales dépassant le stade de la manifestation, il y a fort à craindre que ces souhaits restent lettre morte. Le passé récent et près de deux siècles d'histoire sociale à l'échelle nationale suggèrent en effet que sans action collective réelle, les représentants patronaux ne viendront pas s'asseoir à la table des négociations, ou n'y concéderont rien. Tel est donc l'enjeu : empêcher BusinessEurope et ses alliés politiques de continuer à faire ce qu'ils n'ont jamais cessé de faire, à savoir peser de tout leur poids pour prévenir la répliation à l'échelle européenne de l'héritage de la social-démocratie logé au sein des États-providence nationaux. C'est seulement en y parvenant que, comme sur bien d'autres plans, l'Union européenne pourra affirmer sa spécificité par rapport au « modèle » américain<sup>98</sup>.

---

<sup>98</sup> Sur la déroute de la négociation collective aux États-Unis, voy. BLOCK (R.) *et al. dir.*, *Justice on the Job. Perspectives on the Erosion of Collective Bargaining in the United States*, Upjohn Institute for Employment Research, Kalamazoo (MI), 2006 ; ESTLUND (C.), « The ossification of American labor law and the decline of self-governance in the workplace », *Journal of Labor Research*, 2007, vol. 28, n° 4, « Public policy: choice, influence, evaluation », p. 591-608.