

## REPRÉSENTATION ET NÉGOCIATION COLLECTIVES À LA LUMIÈRE DES ORDONNANCES MACRON

2<sup>ème</sup> axe : La représentation négociée

# Négocier la représentation collective en droit de l'Union européenne

par Mélanie SCHMITT,  
UMR 7354 DRES Université de Strasbourg

### PLAN

#### I. Une ouverture étroite à la représentation négociée

- A. Les limites théoriques : le triomphe du concept de dialogue social
- B. Les limites techniques : la préservation de la diversité des systèmes nationaux

#### II. La négociation de la représentation transnationale : le comité d'entreprise européen

- A. Le CEE : un modèle disruptif ou une traduction du concept de dialogue social ?
- B. Les prolongements du modèle aux entreprises nationales

**Le droit de l'Union européenne envisage-t-il la négociation de la représentation collective des travailleurs ? Pour les spécialistes du droit social européen, cette question renvoie immédiatement au comité d'entreprise européen, dont la mise en place négociée est instituée par la directive 94/45 (1). Mais la question qui nous est posée dépasse l'hypothèse de la négociation portant sur cette dimension transnationale de la représentation des travailleurs, pour embrasser à la fois le niveau plus élevé de l'Union européenne et les niveaux inférieurs de l'État et des entreprises nationales. Plus fondamentalement, doit alors être questionnée la manière dont l'Union européenne se saisit des relations professionnelles et de ses diverses composantes : représentation des travailleurs, processus d'information-consultation et négociation collective. L'approche développée à partir du milieu des années 1980, reposant sur une combinaison subtile entre un concept européen de « dialogue social » et une préservation des systèmes nationaux de relations collectives, a déterminé un modèle limitant la négociation de la représentation (I). Dans ce contexte, comment appréhender l'institution négociée du comité d'entreprise européen ? Alors que, de prime abord, elle apparaît comme un modèle disruptif, elle se présente également, et peut-être même davantage, comme une traduction du concept de dialogue social promu par l'Union européenne, réalisant une synthèse inédite entre les modèles européen et nationaux, dont il conviendra de mesurer les prolongements, notamment dans le nouveau droit français des relations collectives (II).**

### I. Une ouverture étroite à la représentation négociée

Si l'on excepte la mise en place négociée du comité d'entreprise européen, le droit de l'Union européenne ne contient que de rares normes portant sur la négociation collective de la représentation des salariés au sein de l'entreprise. Pour comprendre cette quasi-absence de normes, il convient de s'intéresser à la « philosophie » gouvernant l'appréhension, par le droit de l'UE, des relations collectives de travail. Il en ressort que la conception coopérative construite

autour du concept de dialogue social (A) s'accompagne de limites juridiques importantes en vue de préserver la diversité des systèmes nationaux (B).

#### A. Les limites théoriques : le triomphe du concept de dialogue social

Le concept de dialogue social, en se démarquant de la conception nationale largement partagée de la négociation collective, traduit une certaine approche des relations professionnelles (2) visant la « coopé-

(1) Directive 94/45 du 22 septembre 1994 (JOCE n° L 254 du 30 septembre 1994 p. 64), « refondue » par la directive 2009/38 du 6 mai 2009 (JOCE n° L 122/28 du 16 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.

(2) Nous retenons la définition des « relations professionnelles » donnée par A. Jeammaud, M. Le Friant et A. Lyon-Caen,

« L'ordonnement des relations de travail », D. 1998, p.358 : « Relations de confrontation, négociation, contrôle ou coopération, elles occupent la périphérie des rapports d'emploi - rapports de travail proprement dits - qu'elles contribuent à gouverner. Nous parlerons donc de relations professionnelles, impliquant des protagonistes tels que les organisations d'employeurs et de salariés, les personnels des entreprises en tant que collectifs non personnifiés, l'État là encore ». Cette notion correspond à l'expression anglaise « industrial relations ».

ration finalisée » entre partenaires sociaux (1.). La consécration, par les textes européens, du dialogue social à la fois comme un objectif et comme un instrument conforte cette approche (2.).

### 1. Une certaine approche des relations professionnelles : la « coopération finalisée »

La Commission européenne présente le dialogue social européen comme englobant « *les discussions, les consultations, les négociations et les actions communes entreprises par les organisations représentant les partenaires sociaux (les employeurs et les salariés)* » (3). Cette définition matérielle, partagée avec l'OIT (4), doit être complétée par une approche téléologique, qui dévoile la *philosophie* du dialogue social au niveau européen : « *l'objectif du dialogue social est d'améliorer la gouvernance européenne à travers la participation des partenaires sociaux à la prise de décisions et à la mise en œuvre* » (5). Cette conception du dialogue social retenue par l'UE résulte du contexte politique, économique et institutionnel dans lequel elle a émergé.

Suivant une éminente spécialiste de l'Europe sociale (6), le concept de dialogue social a pénétré le langage européen au début des années 1980, en opposition à celui de négociation collective et à ses implications juridiques, *i.e.* la force contraignante des accords qui en sont le résultat. Le président de la Commission européenne Jacques Delors sera l'artisan de la systématisation du dialogue social européen, puis de sa consécration juridique au sein de l'Accord sur la politique sociale annexée au Traité de Maastricht (7). À partir de ce moment-là (8), le dialogue social européen désigne, dans un sens plus étroit, le mécanisme particulier associant un processus tripartite de consultation obligatoire des partenaires sociaux par la Commission et un processus bipartite de négociation maîtrisé par les partenaires sociaux (9). Il est marqué également par sa finalité politique, qui est de remédier au blocage de l'harmonisation des législations nationales, due principalement à l'opposition systématique du Royaume-Uni. Le dialogue social européen est ainsi instrumentalisé, expli-

quant à la fois son ascension, puis son déclin selon les termes d'Emmanuelle Mazuyer (10). Plus profondément, le concept même de dialogue social implique une certaine philosophie des relations professionnelles, que l'on retrouve également aux niveaux de la branche et de l'entreprise.

Dans le cadre du dialogue social, le principe de participation des travailleurs reçoit une signification particulière qui irrigue le modèle des relations professionnelles promu par l'Union européenne. Il s'agit d'un **modèle participatif libéral, guidé par et orienté vers la réalisation d'un objectif commun, la compétitivité des entreprises** (11). L'emprise de l'économie et de la pensée économique sur le droit de l'Union européenne permet de comprendre le triomphe d'une telle approche. Elle permet, en effet, de masquer la conflictualité des relations de travail, néfaste au bon fonctionnement du marché, en privilégiant une conception basée sur l'idée d'un « *bien commun* » économique (12). Les théories institutionnelles de l'entreprise développent la même idée, selon laquelle l'ensemble des acteurs de l'entreprise, parmi lesquels les représentants des salariés, participent à la réalisation du même objectif économique en optimisant l'efficacité de la décision de l'employeur, chef de son entreprise (13).

Le législateur de l'Union européenne intègre cette approche lorsque, pour justifier son texte cadre en matière d'information-consultation des représentants des travailleurs (14), il affirme que la participation de ces représentants à la décision économique de l'employeur doit permettre « *de rendre l'organisation du travail plus flexible (...), de sensibiliser les travailleurs aux besoins d'adaptation, d'accroître la disponibilité des travailleurs pour qu'ils s'engagent dans des mesures et des actions visant à renforcer leur capacité d'insertion professionnelle, de promouvoir l'association des travailleurs à la marche et à l'avenir de l'entreprise et de renforcer la compétitivité de celle-ci* ». Les processus de participation des représentants des travailleurs visent alors essentiellement à légitimer les décisions et les normes, unilatérales ou collectives, relatives à l'organisation de l'entreprise et du travail.

(3) <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=329&langId=fr>.

(4) V. <https://www.ilo.org/ifpdial/areas-of-work/social-dialogue/lang-fr/index.htm>.

(5) Selon la présentation du Parlement européen, <http://www.europarl.europa.eu/factsheets/fr/sheet/58/dialogue-social>.

(6) C. Gobin, « Dialogue social », *Quaderni*, n° 63, Printemps 2007, p. 32.

(7) Cf. *infra* 2.

(8) C. Didry, A. Mias, *Le moment Delors : les syndicats au cœur de l'Europe sociale*, Peter Lang, 2005.

(9) Art. 154 et 155, TFUE.

(10) E. Mazuyer, « Retour sur l'âge d'or du dialogue social européen », in E. Pataut, F. Petit, S. Robin-Olivier, A. Supiot (dir.), in E. Pataut, F. Petit, S. Robin-Olivier, A. Supiot (dir.), *Mélanges en l'honneur de Pierre Rodière*, à paraître.

(11) *Ibid.*

(12) M. Schmitt, « Concurrence, coopération, conflit. Jalons pour une reconceptualisation du droit social de l'Union européenne », *Mélanges en l'honneur de Pierre Rodière*, à paraître.

(13) V. J. Durringer, « Bienvenue dans l'ère du dialogue social : de nouvelles règles pour une nouvelle logique », *Dr. Ouvr.* 2016, p. 56.

(14) Directive 2002/14 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, JOUE n° L 080 du 23 mars 2002, p. 29.

## 2. La consécration duale du dialogue social : un objectif et un instrument

**Le dialogue social : objectif de la politique sociale.** Aux termes de l'article 151 TFUE, le « dialogue social » constitue l'un des objectifs que se donnent l'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, en matière de politique sociale. Issue de l'Accord sur la politique sociale, cette disposition marque l'attachement partagé des États membres et de la Communauté (puis l'Union) à l'importance du dialogue social : trait dominant du « modèle social européen » (15), « force de modernisation et de changement » (16), il est conçu comme un élément fondamental du modèle social dans l'ensemble des États membres.

Le dialogue social est alors consacré non seulement pour les résultats qu'il peut produire en termes de protection des travailleurs, mais comme une vertu en lui-même. Régi par un principe d'autonomie des partenaires sociaux, il repose sur la confiance en les acteurs du monde du travail, dont la compétence à réglementer les relations et les conditions de travail est postulée (17). L'importance du dialogue social est confortée par l'article 152 TFUE, issu du Traité de Lisbonne, qui impose à l'Union de « reconnaître et promouvoir le rôle des partenaires sociaux à son niveau » et de « faciliter le dialogue entre eux, dans le respect de leur autonomie », tout en « prenant en compte la diversité des systèmes nationaux ».

**Le dialogue social : instrument de la politique sociale.** Outre la possibilité d'une mise en œuvre des directives sociales par les partenaires sociaux nationaux (18), le « dialogue entre partenaires sociaux au niveau européen » est consacré par le Traité comme un élément de la politique sociale commune. Dès 1986, la Commission doit « s'efforcer de développer » ce dialogue social européen (19) ; depuis 1992, elle a « pour tâche de promouvoir la consultation des partenaires sociaux au niveau communautaire [de l'Union] et prend toute mesure utile pour faciliter leur dialogue en veillant à un soutien équilibré des parties » (20). La réécriture de cette disposition marque l'institutionna-

lisation du dialogue social européen : en liant consultation et dialogue des organisations européennes, elle consacre l'approche coopérative, qui fait de ces dernières des co-législateurs, et l'instrumentalisation du dialogue social européen. La reconnaissance, par ailleurs, de l'aptitude des partenaires sociaux européens à développer spontanément un dialogue qui « peut conduire, si ces derniers le souhaitent, à des relations conventionnelles, y compris des accords » (21) est alors reléguée au second plan.

## B. Les limites techniques : la préservation de la diversité des systèmes nationaux

L'Union dispose de la compétence et du pouvoir permettant l'harmonisation des législations nationales relatives à la représentation et la négociation collectives, mais ceux-ci sont limités. Si le pouvoir de l'Union est restreint en matière de représentation des travailleurs (1.), la négociation collective n'entre même pas, en tant que telle, dans le champ des compétences sociales (2.).

### 1. Un pouvoir limité en matière de représentation collective

L'article 153 § 1 du TFUE confère à l'Union le pouvoir d'harmoniser les législations nationales relatives à « l'information et la consultation des travailleurs et à la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, y compris la cogestion ». Bien que largement définie, cette compétence n'a été mobilisée, s'agissant des représentants nationaux des travailleurs, que pour harmoniser le contenu de leurs droits à l'information et à la consultation (22). Nombreuses sont, en effet, les directives qui ont imposé à l'ensemble des États membres un certain modèle de la participation des représentants, et ce dès le milieu des années 1970 (23).

En revanche, les potentialités théoriquement ouvertes par la compétence de l'Union en matière de « défense collective des intérêts des travailleurs » n'ont pas été exploitées (24). De même, l'identité et la désignation des représentants des travailleurs

(15) Communication de la Commission « Le dialogue social, force de modernisation et de changement » du 26 juin 2002, COM(2002) 341 final, p. 5.

(16) *Ibid.*

(17) Communication de la Commission européenne du 26 juin 2002 « Le dialogue européen, force de modernisation et de changement », COM(2002) 341 final, p. 6.

(18) Art. 153 § 3, TFUE.

(19) Art. 3 § 1 de l'Accord sur la politique sociale.

(20) Art. 154 § 1, TFUE.

(21) Art. 4 § 1 de l'APS, actuel art. 155 § 1, TFUE.

(22) V. déjà en ce sens S. Laulom (dir.), *Recomposition des systèmes de représentation des salariés en Europe*, Saint-Etienne, Publications de l'Université de Saint-Etienne, 2005.

(23) Les premières directives sociales accordent ainsi des droits à l'information et à la consultation aux représentants des travailleurs en cas de projet de licenciements collectifs (directive 75/129, révisée par la directive 98/59, JOCE n° L 225, 12 août 1998, p. 16) et de transfert d'entreprise (directive 77/187, révisée par la directive 2001/23, JOCE n° L 82, 22 mars 2001, p. 16).

(24) Hormis dans le cadre des entreprises de dimension communautaire, comme nous le verrons plus loin (II).

au niveau national sont laissées à la compétence des seuls États, l'extrême diversité des systèmes nationaux ayant eu raison de la compétence inscrite à l'article 153 TFUE. Cette lacune du droit dérivé de l'Union résulte des conditions dérogatoires d'adoption des directives portant sur cette matière, les États membres ayant imposé l'unanimité au sein du Conseil (25).

Pour y remédier, une solution serait la mobilisation de la clause passerelle figurant à l'article 153 § 2 et permettant le passage à la procédure législative ordinaire en matière de représentation et de défense collective des intérêts des travailleurs. Seulement, un tel assouplissement est subordonné à l'accord du Conseil statuant à l'unanimité. En outre, selon la Commission, « (l)'étroite corrélation avec les règles et traditions nationales caractérisant la représentation et la défense collective, ainsi que la diversité de celles-ci, plaident fortement en faveur du maintien du vote à l'unanimité » (26).

## 2. Une compétence inexistante en matière de négociation collective

La notion de « négociations collectives » n'apparaît qu'une seule fois au sein du TFUE, à l'article 156, aux termes duquel « la Commission encourage la coopération entre les États membres et facilite la coordination de leur action dans tous les domaines de la politique sociale (...) notamment dans les matières relatives (...) aux négociations collectives entre employeurs et travailleurs ». C'est par une version très alléguée de la méthode ouverte de coordination que cette compétence d'appui peut s'exercer (27). En outre, le TFUE impose à l'Union comme aux États membres, lorsqu'ils prennent des mesures en vue de réaliser les objectifs de la politique sociale, de tenir « compte de la diversité des pratiques nationales, en particulier dans le domaine des relations conventionnelles » (28). La possibilité d'une mise en œuvre des directives « par voie d'accord » entre les partenaires sociaux nationaux (29) doit être vue, précisément, comme contribuant à la préservation des systèmes nationaux. Dans le même sens, le Traité de Lisbonne

impose aux institutions et organes de l'Union une obligation générale de respecter l'autonomie des partenaires sociaux (30).

La combinaison de ces dispositions explique que la législation de l'Union ne régleme pas la négociation collective au niveau national, qui se trouve exclue de l'harmonisation. En revanche, il a été jugé par la Cour de justice que le droit dérivé, en imposant la consultation des représentants des travailleurs « en vue de parvenir à un accord », établissait une véritable « obligation de négocier » (31). Plus généralement, quasiment toutes les directives contiennent des dispositions conférant un rôle à la négociation collective. Le plus souvent, elles se contentent de le permettre dans le cadre général de leur transposition. Mais certaines directives sont plus précises et limitent la liberté de négociation collective, telles les directives relatives au principe de non-discrimination, lesquelles insistent, dans le même temps, sur le rôle de la négociation dans la mise en œuvre de l'égalité et la lutte contre les discriminations (32). Si de nombreuses normes affectent donc, parfois de manière importante, la liberté ou le pouvoir de négociation des partenaires sociaux dans les États membres, les systèmes et les processus nationaux de négociation et de conclusion des accords collectifs, comme le régime applicable, demeurent toutefois hors du champ de la compétence de l'Union.

Il apparaît que négociation et représentation collectives relèvent d'une même approche centrée sur le concept de dialogue social. Mais, en tant que mécanismes juridiques, elles sont appréhendées en parallèle, sans se croiser. Dans ce contexte de réserve du constituant européen, le modèle du comité d'entreprise européen pose logiquement question.

(25) Art. 153 § 2, al. 3, TFUE.

(26) Commission européenne, Communication du 16 avril 2019, « Une prise de décision plus efficace en matière de politique sociale : renforcer le passage au vote à la majorité qualifiée dans certains domaines », COM(2019) 186 final, p. 17.

(27) Art. 156 al. 2, TFUE.

(28) Art. 153 § 2, TFUE.

(29) Prévus par l'art. 153 § 3, TFUE : « Dans ce cas, il s'assure que, au plus tard à la date à laquelle une directive ou une décision doit être transposée ou mise en œuvre, les partenaires sociaux ont mis en place les dispositions nécessaires par voie d'accord, l'État membre concerné devant prendre toute disposition

nécessaire lui permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par ladite directive ou ladite décision ».

(30) Art. 152 § 1, TFUE.

(31) CJCE, 27 janvier 2005, *Junk*, C-188/03.

(32) N. Moizard, « La promotion de la négociation collective par la Cour de justice de l'Union européenne : l'exemple des discriminations », in Ch. Mestre, C. Sachs-Durand et M. Storck (dir.), *Le travail humain au carrefour du droit et de la sociologie : hommage au professeur Nikitas Aliprantis*, Presses universitaires de Strasbourg, 2014, p. 687.

## II. La négociation de la représentation transnationale : le comité d'entreprise européen

Basée sur l'article 153 § 1 TFUE, la directive 94/45 crée une instance transnationale de « *représentation et de défense collective des intérêts des travailleurs* » et impose sa mise en place au sein de certaines grandes entreprises ou certains grands groupes de dimension européenne. Révisé en 2009, ce texte a pu être adopté car il intervient dans une matière excédant la compétence individuelle de chaque État membre et préserve l'autonomie institutionnelle des États (33). Le comité d'entreprise européen (CEE) apparaît comme un modèle ingénieux d'articulation des systèmes nationaux et européen, mais également de combinaison des méthodes d'harmonisation et de coordination tout à fait inédit et qui mérite pour cela une attention toute particulière (34). La particularité la plus remarquable à ce titre, qui caractérise essentiellement ce mécanisme, est le principe d'une mise en place négociée du comité. Il convient alors de s'interroger sur sa signification au regard du modèle du dialogue social caractéristique de l'UE (A). L'extension de la négociation de la représentation au niveau national marque, dans tous les cas, l'emprise qu'exercent le modèle et le droit de l'UE sur les systèmes nationaux de relations professionnelles (B)

### A. Le CEE : un modèle disruptif ou une traduction du concept de dialogue social ?

La directive sur le CEE « *constitue certainement l'une des plus belles réalisations sociales de l'Union européenne* » (35), non seulement parce qu'elle construit une nouvelle protection collective pour les travailleurs, mais parce qu'elle les associe à la mise en place de l'instance de représentation (1.). Bien que disruptif, ce mécanisme de représentation négociée traduit le concept de dialogue social propre à l'Union européenne (2.).

#### 1. Un mécanisme disruptif : la négociation du CEE

La directive sur le CEE confère la priorité à la négociation collective pour la mise en place de cette

instance, en la fondant sur « *le principe de l'autonomie des parties* » (36). Consacrant une pratique apparue au sein d'entreprises européennes, qui mettent en place des structures de représentation transnationale en leur sein dès le début des années 1980, elle encadre l'ouverture de la négociation, conférant à la direction centrale l'obligation de créer les conditions et les moyens nécessaires à la mise en place du CEE. La négociation est entamée sur son initiative ou en réponse à l'initiative des représentants nationaux ou des travailleurs (au moins 100). Dans les deux cas, la direction centrale convoque une première réunion avec un « *groupe spécial de négociation* » (GSN), institué en vertu de règles obligatoires permettant la représentation des travailleurs de chaque pays concerné, tout en respectant les règles nationales relatives à la désignation ou l'élection des représentants. Ce n'est qu'en cas d'échec du processus conventionnel, dans un délai très long de trois ans, que doit obligatoirement être mis en place un comité légal par application des « *prescriptions subsidiaires* » annexées à la directive, telles qu'elles ont été mises en œuvre dans l'État membre du siège de la direction centrale (comme le voudrait une directive « classique » de l'UE) (37).

Le législateur de l'Union a laissé aux négociateurs (38) le soin de façonner librement le comité européen qui leur apparaît s'adapter le mieux à l'entreprise. De manière remarquable, leur est accordée une très grande liberté, bien que légèrement atténuée par la révision de 2009. Le champ de la négociation est extrêmement vaste, puisqu'il concerne tant la composition de l'instance que ses attributions, prérogatives et moyens. La directive énumère les questions devant impérativement être négociées et fixées par l'accord, mais sans imposer un niveau minimal de protection ou le contenu des clauses de l'accord instituant un CEE (39) : les entreprises du groupe couvertes par l'accord ; la composition, le nombre de membres, la répartition des sièges, la durée du mandat ; les attributions et la procédure d'information et de consul-

(33) P. Rodière, « Le comité d'entreprise européen, quel impact sur le devenir des comités d'entreprise ? », *Dr. Soc.* 2007, p. 1015.

(34) V. E. Pataut, « Des entretiens de Val Duchesse au conflit de lois : Dialogue social européen et autonomie de la volonté », in *Autonomie en droit européen*, Éditions Panthéon Assas, 2013, p.119, <https://www.u-paris2.fr/fr/recherche/editions-pantheon-assas/ouvrages/autonomie-en-droit-europeen>.

(35) S. Laulom, « La révision manquée de la directive sur le comité d'entreprise européen », *Sem. Soc. Lamy*, 12 mai 2009, n° 1399, p. 5.

(36) Directive 94/45, considérant n° 15 ; directive 2009/38, considérant n° 19.

(37) En revanche, si le GSN a décidé de ne pas ouvrir de négociations ou d'y mettre fin avant tout accord, les dispositions subsidiaires ne sont pas applicables.

(38) B. Teyssié, « Les acteurs de la négociation des accords relatifs à la création de comités d'entreprise européens », *JCP éd. S.*, n° 30-33, 2 août 2016, 1273.

(39) B. Teyssié, « Contenu des accords portant création de comités d'entreprise européens dans les groupes de dimension communautaire », *JCP éd. S.*, n° 46, 10 novembre 2015, 1403.

tation ; l'articulation entre procédures transnationales et nationales ; les lieu, nombre et fréquence des réunions ; la composition, les modalités de désignation, les attributions et les modalités de réunion du comité restreint, s'il existe ; les ressources financières et matérielles ; la durée de l'accord, les modalités selon lesquelles il peut être amendé ou dénoncé, les cas dans lesquels il doit être renégocié et la procédure pour sa renégociation (40). La raison d'être de la liberté immense accordée aux négociateurs réside dans l'adaptation de la représentation « à leur situation particulière » (41).

Les exigences minimales sont fixées à un niveau très faible, puisque la directive sera correctement mise en œuvre si l'accord se contente – ce qui est rarissime (42) – de ne mettre en place qu'une procédure d'information-consultation sans instituer un comité permanent. Il est toutefois également imposé à la direction centrale de respecter le droit des représentants de disposer des moyens nécessaires à exercer leurs fonctions, ainsi que le droit de disposer d'une formation nécessaire dans un environnement international (43).

La flexibilité maximale accordée aux partenaires sociaux par la directive se mesure davantage encore dans la possibilité qui leur est offerte d'anticiper l'entrée en vigueur de la directive en concluant un accord constitutif du comité ou de la procédure d'information-consultation avant l'expiration de la période de transposition (44). Représentant la plupart des accords régis par la directive 94/45, ces « accords d'anticipation » déchargent ainsi les entreprises et groupes entrant dans le champ d'application des deux directives d'avoir à respecter les prescriptions minimales imposées par elles.

## 2. Une traduction du concept de dialogue social

Le mécanisme de négociation de la représentation transnationale s'intègre parfaitement dans le modèle du dialogue social caractéristique de l'Union européenne. La négociation entre employeur et représentants des travailleurs, priorisée au stade de la mise en place du CEE, apparaît en effet comme

un instrument de légitimation de l'instance en elle-même, mais également de la détermination des modalités de son fonctionnement, de son action et de ses pouvoirs. L'onction dont bénéficie le CEE, grâce à l'accord qui l'institue, permet aux entreprises et groupes de dimension européenne de recueillir l'adhésion des travailleurs nécessaire à la mise en place des projets de restructurations en leur sein. Le CEE constitue alors également (surtout) un outil de validation des objectifs économiques stratégiques et de légitimation de la décision patronale.

Paradoxalement, la négociation collective qui fonde le CEE est exclue de ses droits et ses prérogatives. Non prévue par la directive, elle s'est cependant considérablement développée, mais, le plus souvent, le CEE est au mieux le lieu de la négociation et, lorsqu'il est admis à signer un accord d'entreprise transnational, une fédération syndicale européenne est le plus fréquemment cosignataire. L'argument invoqué pour tenir le CEE à l'écart de la signature, notamment de la part des organisations syndicales européennes, repose sur une vision traditionnelle du syndicat, seul habilité en raison de sa légitimité (qu'il tient de sa base, de ses actions ou de la loi), à négocier et conclure un accord collectif liant les travailleurs (45).

Il semble que le mécanisme de la mise en place et du fonctionnement du CEE obéisse à la « vision appauvrie » du dialogue social que véhiculent l'Union européenne et le droit de l'UE. L'implication des travailleurs, par l'intermédiaire de leurs représentants transnationaux, est promue comme une condition de la performance économique de l'entreprise. L'un des objectifs de la révision de la directive 94/45 est ainsi de permettre aux comités « de jouer pleinement leur rôle dans l'anticipation et l'accompagnement du changement » (46), car « (l)e changement peut être géré avec le plus grand profit à condition que les travailleurs participent pleinement à la vie de l'entreprise qui les emploie » (47). La réalisation de cet objectif implique « de développer un véritable dialogue social transnational » (48). À défaut, l'expérience montre que les « préoccupations les plus vives, voire une réelle colère, au sein du personnel », sont néfastes à la gestion du changement (49).

(40) Art. 6 de la directive 94/45.

(41) *Ibid.*

(42) B. Teyssié, « Contenu des accords... », *op. cit.*

(43) Art. 10 § 1 et § 4 de la directive 2009/38.

(44) Art. 13 de la directive 94/45 ; art. 14 de la directive 2009/38.

(45) La position de la Confédération européenne des syndicats (CES) a toutefois quelque peu évolué. V. la résolution du 30 août 2016, <https://www.etuc.org/fr/document/ces-resolution-feuille-de-route-pour-les-accords-d'entreprise-transnationaux-sur-la-voie>

(46) Proposition de directive présentée par la Commission, 2 juillet 2008, COM (2008) 419 final.

(47) Commission européenne, Première phase de consultation des partenaires sociaux interprofessionnels et sectoriels communautaires dans le cadre du réexamen de la directive sur les comités d'entreprise européens. Sur la procédure de consultation, v. R. Jagodzinski, « Comités d'entreprise européens : à la recherche d'une directive modifiée », in ETUI, Bilan social de l'Union européenne 2008, p. 117.

(48) Proposition de directive présentée par la Commission, préc.

(49) Commission européenne, Première phase de consultation des partenaires sociaux, préc.

Le dialogue social apparaît comme un instrument-clé de la compétitivité économique des entreprises ; il ne peut être que vertueux, puisque dépouillé de la dimension conflictuelle des relations professionnelles. La logique coopérative préside non seulement à la négociation constitutive du comité, mais également au fonctionnement et, bien plus encore, à la raison d'être du CEE. Le législateur impose lui-même, dans le corps de la directive, que « (l) a direction centrale et le comité d'entreprise européen travaillent dans un esprit de coopération » (50).

## B. Les prolongements du modèle aux entreprises nationales

Outre sa duplication aux mécanismes de participation des travailleurs au sein des sociétés (coopératives) européennes (51), le modèle du CEE a inspiré l'harmonisation des droits des représentants au sein des entreprises nationales (1.). Il trouve un prolongement évident dans l'ordre juridique français, dont les réformes récentes mettent en œuvre la conception du dialogue social développée par l'Union européenne (2.).

### 1. Extension à la représentation au sein des entreprises nationales

La directive 2002/14 prévoit expressément une négociation portant sur la représentation collective. Ce texte important marque une rupture avec l'approche sectorielle jusqu'alors privilégiée, en adoptant une nouvelle approche, générale, en fixant des exigences minimales formant « un cadre général » relatif à l'information et la consultation des travailleurs. L'innovation réside dans l'obligation – certes implicite – d'instituer une représentation stable, durable, permanente au sein des entreprises couvertes (52), découlant de la consécration de droits généraux et réguliers à l'information et à la consultation sur la situation et l'évolution de l'emploi dans l'entreprise.

La directive 2002/14 institue une distinction entre, d'une part, **les principes** qu'elle énonce – principalement les définitions de l'information et de la consultation – et qui doivent être transposés par les États membres à titre de prescriptions minimales et, d'autre part, **les modalités** dont la mise en œuvre est beaucoup plus souple. Suivant l'article 4 de

la directive, il revient aux États de déterminer les modalités des principes énoncés au niveau approprié. Ces modalités recouvrent : l'objet de l'information-consultation, la temporalité et l'effet utile de la démarche au regard du contenu et du niveau, des objectifs de l'information-consultation, qui sont de « *permettre aux représentants des travailleurs de se réunir avec l'employeur et d'obtenir une réponse motivée à tout avis qu'ils pourraient émettre* » (53) « *en vue d'aboutir à un accord sur les décisions relevant des pouvoirs de l'employeur* » (54).

Mais l'article 5 autorise les États à confier aux partenaires sociaux « *le soin de définir librement et à tout moment par accord négocié les modalités d'information et de consultation* ». Il s'agit d'une faculté de **dérogation conventionnelle**, les partenaires sociaux pouvant prévoir « *des dispositions différentes* » de celles que les États membres doivent mettre en œuvre. Cette faculté est cependant encadrée, d'abord par l'habilitation de l'État membre, qui fixe en outre les « *conditions et limites* » de la dérogation, ensuite par la directive qui impose le respect des principes. Le niveau de négociation est laissé au choix des États membres, afin de préserver les systèmes nationaux de négociation. La négociation des modalités de l'information-consultation peut se faire « *au niveau approprié, y compris au niveau de l'entreprise ou de l'établissement* », selon le cadre pertinent en vertu de la législation nationale.

### 2. La loi française au diapason du modèle de l'Union européenne

Les réformes mises en œuvre par le législateur français depuis 2015 apparaissent en totale harmonie avec le modèle du dialogue social promu par l'UE et, plus précisément, avec les textes du droit de l'UE prévoyant la négociation de la représentation. Ainsi en est-il de la mise en place facultative, par un accord collectif, de l'instance unique qui pouvait regrouper, selon une formule à géométrie variable, certaines ou toutes les institutions représentatives du personnel (IRIRP) (55). Dans le même sens, la négociation des modalités d'information-consultation du comité d'entreprise, puis du comité social et économique, au sein d'un accord de méthode, correspond parfaitement à la définition par accord des « modalités » de l'information-consultation, telle qu'inscrite au

(50) Article 6, § 1, de la directive 2009/38. A noter que la version initiale de cette disposition imposait une « esprit de collaboration ».

(51) Directives relatives à la société européenne et à la société coopérative européenne, préc., n. 25.

(52) La directive s'applique aux entreprises employant dans un État membre au moins 50 travailleurs ou aux établissements employant dans un État membre au moins 20 travailleurs, le

mode de calcul de ces seuils relevant de la compétence étatique (art. 3 § 1<sup>er</sup>).

(53) Art. 5 § 2 d) de la directive 2002/14.

(54) Art. 5 § 2 e) de la directive 2002/14.

(55) Instituée par la loi n°2015-994 du 17 août 2015 relative au dialogue social et à l'emploi, dite Loi *Rebsamen*.

sein de la directive 2002/14. Les ordonnances des 22 septembre et 20 décembre 2017, puis la loi de ratification du 29 mars 2018 (56), vont plus loin encore, en ouvrant largement la négociation sur la détermination des périmètres (établissements distincts, UES), sur la structure du CSE (commission santé-sécurité) et la mise en place par accord collectif d'un conseil d'entreprise et des représentants de proximité.

L'emprise croissante de la négociation collective en matière de représentation du personnel en droit français (57) constitue une illustration de l'adhésion à la philosophie du dialogue social telle que promue par l'UE. Comme l'a montré une auteure, les réformes opérées déjà par la loi *Rebsamen* et la loi « Travail » au

nom de l'amélioration du dialogue social traduisent « *un changement de logique dans laquelle les procédures de participation ne visent plus tant à rendre effectifs les droits de participation des travailleurs qu'à être un gage de l'efficacité du processus décisionnel au sein de l'entreprise. Les procédures de participation n'ont plus seulement vocation à être utiles aux travailleurs, à permettre la défense et l'expression de leurs intérêts. Elles doivent aussi et surtout s'avérer utiles aux décisions projetées par l'employeur* » (58). « Déconflictualisés », le dialogue social comme l'entreprise sont, dès lors, envisagés avant tout comme des instruments au service de la politique économique (59).

**Mélanie Schmitt**

(56) Loi n°2018-217 du 29 mars 2018 ratifiant diverses ordonnances prises sur le fondement de la loi n° 2017-1340 du 15 septembre 2017 d'habilitation à prendre par ordonnances les mesures pour le renforcement du dialogue social.

(57) V. l'analyse de Y. Ferkane dans le présent dossier.

(58) J. Dirringer, *op. cit.*

(59) V. T. Sachs, C. Wolmark, « Les réformes 2017 : quels principes de composition ? », *Dr. Soc.* 2017, p. 1008.