

Marco Rocca

Le droit de grève et l'Union Européenne en période d'austérité: la proposition "Monti II" et ses cartons jaunes

Avertissement

Le contenu de ce site relève de la législation française sur la propriété intellectuelle et est la propriété exclusive de l'éditeur.

Les œuvres figurant sur ce site peuvent être consultées et reproduites sur un support papier ou numérique sous réserve qu'elles soient strictement réservées à un usage soit personnel, soit scientifique ou pédagogique excluant toute exploitation commerciale. La reproduction devra obligatoirement mentionner l'éditeur, le nom de la revue, l'auteur et la référence du document.

Toute autre reproduction est interdite sauf accord préalable de l'éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

revues.org

Revues.org est un portail de revues en sciences humaines et sociales développé par le Cléo, Centre pour l'édition électronique ouverte (CNRS, EHESS, UP, UAPV).

Référence électronique

Marco Rocca, « Le droit de grève et l'Union Européenne en période d'austérité: la proposition "Monti II" et ses cartons jaunes », *Revue Interventions économiques* [En ligne], 52 | 2015, mis en ligne le 01 mars 2015, consulté le 16 juin 2016. URL : <http://interventionseconomiques.revues.org/2486>

Éditeur : Télé-université, UQAM

<http://interventionseconomiques.revues.org>

<http://www.revues.org>

Document accessible en ligne sur :

<http://interventionseconomiques.revues.org/2486>

Document généré automatiquement le 16 juin 2016.

Les contenus de la revue Interventions économiques sont mis à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution 4.0 International.

Marco Rocca

Le droit de grève et l'Union Européenne en période d'austérité: la proposition "Monti II" et ses cartons jaunes

Introduction

- 1 Le 21 mars 2012, après une période de réflexion de plus de quatre ans, la Commission européenne a adopté une proposition de Règlement "*relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services*"¹. Cette proposition a été présentée comme la réponse législative aux arrêts (tristement célèbres) de *Viking*² et *Laval*³, une réponse qui, comme on vient de remarquer, est arrivée plus de quatre ans après le *judgement day* (Bercusson, 2007). En somme, tout comme le disait Otto Kahn-Freund dans un contexte certes bien différent, le législateur était appelé à redresser l'équilibre entre capital et travail perturbé par les juges (Kahn-Freund, 1977:1-2).
- 2 Si c'était bien la première fois que l'Union européenne (UE) tentait de légiférer de façon directe dans le domaine du droit de grève (*rectius* du droit de mener une action collective⁴), ce fut également la première fois qu'elle retira une telle proposition le 12 septembre 2012. En effet, il s'agissait également de la première fois qu'une proposition législative européenne était soumise à la procédure du contrôle de subsidiarité par les parlements nationaux établis par le traité de Lisbonne et réglée par le protocole n° 2⁵ annexé à ce traité. À l'occasion de cette procédure, douze parlements nationaux ont décidé de se prononcer sur la proposition de la Commission, pour en évaluer la conformité au regard dudit principe de subsidiarité. Il est d'ores et déjà important de relever que la proposition est demeurée lettre morte puisque la Commission a décidé de la retirer suite aux avis remis par les parlements nationaux.
- 3 Ceci dit, la proposition et la procédure en question représentent les éléments les plus récents pour examiner le rapport entre les libertés du marché (dites fondamentales) et les droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique de l'UE. Ainsi, cette contribution commence par une brève présentation de la période entre les décisions de la Cour de Justice et la proposition de règlement précitée. Dans un deuxième moment, l'analyse de cette proposition permettra de faire le point sur la conception du droit de grève au niveau européen. Cette proposition sera aussi analysée du point de vue du principe de subsidiarité. Enfin, les "avis motivés" rendus par les parlements nationaux dans le contexte de la procédure qu'on vient d'esquisser, permettent d'évaluer la situation en termes de différences d'approche entre le niveau européen et les niveaux nationaux à propos de la relation entre l'ordre juridique de l'Union européenne et le droit de grève. Cette contribution propose une analyse transversale des arguments invoqués dans les "avis motivés" (dits "cartons jaunes") rendus par les parlements nationaux, ce qui permet d'identifier certaines "catégories" des critiques communes aux différents avis.

Histoire

- 4 Tout d'abord, parcourons brièvement l'histoire qui précède la proposition de règlement. Celle-ci correspondait en réalité à une tentative de résoudre les problèmes créés par les arrêts *Viking* et *Laval*. Sans entrer dans les détails, dans ces arrêts la Cour de Justice a été amenée à se prononcer sur le rapport entre les libertés fondamentales (libre prestation de services et liberté d'établissement) et les droits sociaux fondamentaux (notamment, le droit de grève et le droit à la négociation collective) dans le contexte des litiges caractérisés par un élément de "transnationalité". La Cour a considéré que le droit de grève devait être concilié avec les libertés fondamentales et pouvait donc être soumis à certaines restrictions, dont le respect du principe de proportionnalité⁶ et de *ultimum remedium*⁷.
- 5 Face aux nombreuses critiques à l'égard de ces arrêts, M. Barroso, dans son discours devant le Parlement européen à l'occasion de sa réélection le 15 septembre 2009, avait

promis un règlement pour résoudre la "tension" entre droits sociaux fondamentaux et libertés fondamentales. Suite à cet engagement, le thème a été abordé dans le "rapport Monti"⁸, dans lequel était suggéré "une intervention ciblée permettant de mieux coordonner les interactions entre les droits sociaux et les libertés économiques dans le cadre du système de l'UE" afin de "garantir aux syndicats et aux travailleurs une marge de manœuvre suffisante pour défendre leurs intérêts et leurs droits au moyen d'actions collectives sans qu'ils soient entravés indûment par des règles relatives au marché unique"⁹. Cette suggestion était inspirée de la clause dite "Monti", insérée dans le règlement "Monti 1" (les dénominations ne font en effet pas preuve de créativité...). Dans ce règlement¹⁰, qui a comme objectif d'éviter les entraves à la libre circulation des marchandises, l'article 2 déclare que "le présent règlement ne peut être interprété comme affectant d'une quelconque manière l'exercice des droits fondamentaux, tel qu'ils sont reconnus dans les États membres, y compris le droit ou la liberté de faire grève. Ces droits peuvent également comporter le droit ou la liberté d'entreprendre d'autres actions relevant des systèmes spécifiques de relations du travail propres à chaque État membre". L'idée est d'"immuniser" le droit de grève de l'application dudit règlement, afin qu'il ne puisse pas être attaqué en tant qu'entrave à la libre circulation de marchandises (Orlandini, 2000).

Entretiens

- 6 Avant de passer à l'analyse du projet de règlement "Monti II", il est nécessaire de rappeler trois "événements juridiques" qui sont survenus avant la proposition dudit règlement. En premier lieu, la Cour de Justice a eu l'occasion de se prononcer à nouveau sur le rapport entre les droits sociaux fondamentaux et les libertés fondamentales, cette fois analysant une question relative au droit à la négociation collective. Dans l'arrêt *Commission c. Allemagne*¹¹ la Cour a en effet appliqué le même raisonnement que dans les arrêts *Viking* et *Laval* pour résoudre le conflit entre la liberté de prestation de services et le droit à la négociation collective. Il est intéressant de remarquer que l'avocat général avait recommandé, dans ses conclusions, une approche (un peu) plus équilibrée, visant à tenir compte *non seulement* de la proportionnalité de l'entrave à la libre prestation de services causée par le droit à la négociation collective, mais *aussi* de la proportionnalité de l'éventuelle restriction de ce droit par la liberté précitée. Cette approche était notamment suggérée au regard de la nouveauté que constituait le traité de Lisbonne, même si le Traité n'était pas applicable *ratione temporis* dans l'arrêt en question. Le choix des juges de la Cour d'ignorer complètement cette solution plus *nuancée* est en soi parlante, érigeant l'approche de *Viking* et *Laval* en boussole de la Cour pour s'orienter dans le conflit entre les libertés fondamentales et les droits sociaux fondamentaux.
- 7 En deuxième lieu, la Cour européenne des Droits de l'Homme¹² (CEDH) en 2008 et 2009 a, elle aussi, eu à se prononcer sur des questions relatives au droit à la négociation collective et au droit de grève. Ne pouvant analyser ces arrêts dans les détails dans le cadre de cet article, rappelons seulement que dans l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* la CEDH a déclaré que "le droit de mener des négociations collectives avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du « droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts » énoncé à l'article 11 de la Convention"¹³ (Ewing and Hendy, 2010). Un an après, dans l'arrêt *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turquie*¹⁴, la Cour Européenne des Droits de l'Homme a suivi une approche similaire pour analyser le droit de grève, en reconnaissant le droit de grève comme un "*corollaire indissociable*" du droit d'association syndicale (Dorsemont, 2011). Dans ce sens, la CEDH interprète les *restrictions* au droit à la négociation collective et au droit de grève d'une manière plus restrictive que la Cour de Justice¹⁵.
- 8 Enfin, l'approche de la Cour de Justice dans *Viking* et *Laval* a été évaluée par la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT. On se limite ici à la décision qui précède la proposition "Monti II"¹⁶, et qui était donc connue par le législateur au moment de la rédaction de la proposition. Suite à une réclamation de l'Association des pilotes de ligne britanniques (BALPA), appuyés par la Fédération internationale des ouvriers du transport (ITF), la Commission s'est prononcée sur l'*effet* de ces deux arrêts à l'égard de la convention de l'OIT n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (1948)¹⁷.

À nouveau, rappelons seulement le point pertinent pour la présente analyse: tout en affirmant que son rôle n'est pas "*de juger le bien-fondé des attendus de la CJCE dans les affaires Viking et Laval*", la Commission de l'OIT a observé qu'"en élaborant sa position par rapport aux restrictions au droit de grève qui sont admissibles, elle n'a jamais inclus la nécessité d'évaluer la proportionnalité des intérêts en ayant à l'esprit une notion de liberté d'établissement ou de liberté de fournir des services". En outre, cette Commission a explicitement critiqué l'effet de la jurisprudence de la Cour de Justice, en affirmant que "*la menace omniprésente d'une action en dommages-intérêts comportant le risque de mener le syndicat dans une situation d'insolvabilité, éventualité aujourd'hui fort plausible, compte tenu de la jurisprudence Viking et Laval créent une situation dans laquelle l'exercice des droits établis par la convention devient impossible*"¹⁸.

Le projet de règlement "Monti II"

9 Pour atteindre les objectifs ambitieux déclarés dans le rapport Monti, le projet de règlement ne contient que quatre articles. Son but, affirmé dans le premier article, est d'établir "les principes généraux et règles applicables au niveau de l'Union en ce qui concerne l'exercice du droit fondamental de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services". Le deuxième paragraphe du premier article est quant à lui plus déroutant. Ce paragraphe énonce que le règlement "*n'affecte pas [...] le droit de négocier, de conclure et d'appliquer des conventions collectives et de mener des actions collectives conformément aux législations et pratiques nationales*". Il semble bizarre (voir absurde) qu'un règlement "*relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives* dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services" puisse éviter d'affecter "le droit [...] de mener des actions collectives". Ce paragraphe reproduit en effet la "clause Monti" évoquée dans la section précédente, mais le contexte différent¹⁹ rend cette clause inadéquate par rapport au reste du règlement²⁰. Il est en outre à la limite du ridicule d'exclure le "droit de mener des actions collectives" de la portée du règlement, lorsque les restrictions à ce droit viennent d'autres instruments et, en fin de compte, des libertés fondamentales inscrites dans les traités.

10 Le deuxième article représente le cœur du règlement, du moins du point de vue substantiel. Intervenant sur le point litigieux dans *Laval* et *Viking*, cet article prévoit que "*l'exercice de la liberté d'établissement et de la libre prestation de services énoncées par le traité respecte le droit fondamental de mener des actions collectives, y compris le droit ou la liberté de faire grève, et, inversement, l'exercice du droit fondamental de mener des actions collectives, y compris le droit ou la liberté de faire grève, respecte ces libertés économiques*". À côté de cette énonciation d'équivalence, les considérants 12 et 13 réaffirment le principe de proportionnalité comme voie de résolution des conflits éventuels entre les deux éléments de l'article 2. Dans cette perspective, le règlement ne semble pas apporter une vraie valeur ajoutée par rapport à la jurisprudence de la Cour de Justice (Bruun et al., 2013). En même temps, il est évident que cette formule reprend le raisonnement proposé par l'avocat général Mme Trstenjak dans ses conclusions précitées dans l'arrêt *Commission c. Allemagne*. Comme il a été remarqué, la solution de l'avocat général a été refusée par la Cour. Cette coïncidence pourrait être considérée comme un essai (timide) du règlement de "suggérer" une approche plus nuancée à la Cour. Le problème avec le nouveau test "croisé" de proportionnalité (Rocca, 2012) c'est que le recours à une des libertés fondamentales du marché intérieur, par exemple la liberté d'établissement, ne doit jamais être justifiée en soi: décider d'établir une entreprise dans un État membre ne cause pas *en soi* une restriction au droit de mener une action collective. Par contre, le recours à l'action collective entraîne nécessairement une restriction (dans notre exemple) à la liberté d'établissement. Même avec la nouvelle formule, il appartiendra toujours aux droits sociaux fondamentaux de se "justifier" pour l'entrave causée aux libertés fondamentales (Bruun et al., 2012). C'est sur ce point que la CES a contesté la proposition de la Commission au moment de sa présentation. La Confédération a ainsi critiqué le fait que la proposition de règlement ne remettrait pas en question la primauté accordée aux libertés économiques ni le rôle du test de proportionnalité dans la résolution des conflits entre ces libertés et les droits de mener une

action collective²¹. De son côté, BUSINESSEUROPE n'était pas non plus enthousiaste par rapport à la proposition, dès lors que les arrêts de la Cour de Justice, selon l'avis de l'organisation des employeurs, auraient déjà fourni la des clarifications juridiques suffisantes²².

11 La proposition continue avec deux articles plutôt "procéduraux". L'article 3 prévoit l'égalité d'accès aux mécanismes de règlement extrajudiciaire des conflits de travail, aussi bien que la possibilité pour les partenaires sociaux européens d'établir de tels mécanismes, spécifiques pour *"les situations transnationales ou les situations présentant un caractère transfrontière"*. Enfin, l'article 4 établit un mécanisme d'alerte que chaque État membre devrait activer lorsqu' *"il se trouve confronté à des actes ou à des circonstances graves qui portent atteinte à l'exercice effectif de la liberté d'établissement ou de la libre prestation des services et qui sont de nature à perturber fortement le bon fonctionnement du marché intérieur, à nuire gravement à son système de relations du travail ou à entraîner des troubles sociaux considérables sur son territoire ou sur le territoire d'autres États membres"*. Dans une telle situation, l'État membre en question doit informer les autres États concernés et la Commission.

12 Au-delà du contenu de la proposition, il est nécessaire de se pencher sur la base juridique indiquée par la Commission. Ce point est en effet central pour comprendre les avis motivés rendus par les parlements nationaux. La Commission a fondé sa proposition sur l'article 352 TFUE, qui autorise le Conseil à adopter, en statuant à l'unanimité et après approbation du Parlement européen, une disposition appropriée si une action de l'Union paraît nécessaire pour atteindre l'un des objectifs visés par les traités et si ces derniers ne prévoient pas les pouvoirs nécessaires. En deuxième lieu, pour contourner l'exclusion *explicite* du droit de grève des compétences de l'Union opérée par l'article 153(5) TFUE, la Commission s'est limitée à affirmer, dans l'exposé des motifs accompagnant la proposition, que *"les arrêts de la Cour montrent clairement que le fait que l'article 153 ne s'applique pas au droit de grève ne signifie pas, en tant que tel, que l'action collective est exclue du champ d'application du droit de l'UE"*.

Le principe de subsidiarité et le protocole n° 2

13 Le principe de subsidiarité est consacré dans l'article 5(3) TUE²³. Ce principe est fondamental dans les domaines de compétences partagées entre l'Union européenne et les États membres. On se réfère ici à la dimension *verticale* de la subsidiarité, tandis que la dimension *horizontale* du même principe vise le choix, au niveau communautaire, entre l'intervention législative et (par exemple) la négociation entre les partenaires sociaux (Bercusson, 2009:526). En somme, suivant le principe de subsidiarité verticale, l'UE ne peut intervenir que si elle est en mesure d'agir *plus efficacement* que les États membres. L'ancien protocole (n° 30) *"sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité"*²⁴ de 1997 indiquait trois critères pour évaluer la préférence pour une action législative au niveau européen: a) la présence d'aspects transnationaux dans la question examinée; b) la possibilité qu'une action au niveau national pour résoudre la question puisse violer les traités ou léser grandement les intérêts des États membres; c) le fait qu'une action menée au niveau européen ait des *avantages manifestes* en raison de ses dimensions ou de ses effets, par rapport à une action au niveau des États membres²⁵.

14 Le protocole n° 2 précité prévoit que les projets d'actes législatifs émanant des institutions européennes doivent être envoyés aux parlements nationaux afin qu'ils puissent évaluer le respect des principes de *subsidiarité* et *proportionnalité* par lesdites propositions²⁶. Toutefois, l'article 6 semble restreindre le contrôle des parlements nationaux au principe de subsidiarité²⁷ (Fabbrini, 2012).

15 Chaque parlement (ou chambre, pour les parlements bicaméraux) a donc huit semaines pour répondre avec un "avis motivé", en expliquant pourquoi la proposition en question viole les principes susmentionnés. L'institution dont l'acte émane doit tenir compte des avis motivés. En plus, chaque parlement compte pour deux voix (une pour chaque chambre pour les parlements bicaméraux). Si les avis motivés atteignent un tiers des votes disponibles, la proposition doit être révisée: l'institution proposant l'acte peut alors décider de confirmer, retirer ou modifier la proposition. Cette décision doit être motivée. Dans ce sens, il est important de souligner que

les parlements nationaux n'ont pas obtenu, avec le traité de Lisbonne et le protocole n° 2, un droit de veto sur les propositions législatives européennes.

Les cartons jaunes

- 16 Comme il en a déjà été fait mention, douze parlements (ou chambres de parlement) ont rendu des avis motivés sur la proposition de règlement en question, soit un total de 19 voix, chaque parlement ayant deux voix (une pour chaque chambre dans les parlements bicaméraux). Ces 19 voix sur un total de voix disponibles de 54 ont contraint la Commission à revoir la proposition. La Commission a finalement décidé de retirer la proposition le 12 septembre 2012.
- 17 Avant d'analyser les motivations précisées par la Commission dans sa lettre du 12 septembre, il est nécessaire de se pencher sur les avis rendus par les parlements nationaux. On peut identifier trois catégories principales pour grouper les arguments invoqués par les parlements. La première catégorie inclut les arguments fondés directement sur le non-respect du principe de subsidiarité; le parlement national considère que l'action de l'Union n'est pas nécessaire et/ou proportionnée pour aboutir à l'objectif de la proposition. La deuxième catégorie vise la question de la compétence, qui revient à contester radicalement la compétence pour l'UE de légiférer dans le domaine de la grève. Enfin, dans la troisième catégorie se trouvent les arguments fondés sur le contenu de la proposition.
- 18 Dans le tableau ci-dessous, pour chaque catégorie d'arguments, il est indiqué avec un "X" les avis où l'argument joue un rôle important dans la décision du parlement et avec un "x" les avis où l'argument est seulement mentionné.

Tableau 1. Catégories d'arguments

Pays	Subsidiarité	Compétence	Fond
Belgique	x	X	X
Danemark	X	X	
Finlande	x	x	X
France	x	X	
Lettonie	x	X	x
Luxembourg	x	x	X
Malte	x		X
Pays Bas	x	X	x
Pologne	X		X
Portugal		X	X
Suède	x	X	X
Royaume Uni	X		

Subsidiarité

- 19 Suivant le protocole n°2, il revient aux parlements nationaux d'évaluer le respect du principe de subsidiarité. De ce point de vue, il n'est pas étonnant de constater que les critiques fondées sur la violation de ce principe sont présentes dans la quasi-totalité des avis motivés. Ceci dit, plusieurs avis se limitent à mentionner la question de la subsidiarité (BE, FI, FR, LU, LV, MT, PT, SE) lorsqu'ils critiquent la proposition de la Commission sous l'angle de la

compétence et/ou du fond. L'avis de l'*Assembleia da República* du Portugal est le plus explicite dans cette démarche lorsqu'il affirme que le principe de subsidiarité n'est pas respecté *parce que* la proposition *"restreint le droit de mener une action collective"*. Il est évident que les arguments relatifs à la compétence et au fond (qu'ils soient fondés ou pas) ne peuvent pas être utilisés pour évaluer le respect du principe de subsidiarité, qui par contre est basé sur les trois points précités. L'avis de la *Sejm* polonaise mentionne de son côté la question des "avantages manifestes" de l'intervention au niveau européen, pour nier l'efficacité d'une telle intervention dans la matière en question. Cet argument est pourtant développé sur la base d'une évaluation de fond de la proposition, qui ne serait pas capable d'aboutir dans ses objectifs. La *House of Commons* du Royaume-Uni se concentre, à son tour, sur l'absence d'indications qui puissent justifier la *nécessité* d'une action législative au niveau européen.

Compétence

20 Même si la question de la compétence précède d'un point de vue logique celle de la subsidiarité, la procédure prévue dans le protocole n° 2 ne semble pas laisser aux parlements nationaux la possibilité de critiquer une proposition législative sous cet angle. La voie principale pour attaquer un acte législatif pour une violation (supposée) de la compétence reste le recours devant la Cour de Justice. L'argument visant à contester la compétence de l'Union en matière de grève est toutefois à tout le moins mentionné dans la majorité des avis motivés et il joue un rôle central dans plusieurs d'entre eux (BE, DK, FR, LV, NL, PT). La chambre des Représentants de Belgique arrive à définir tout le "droit du travail" comme "une question nationale par excellence". Sur cette même ligne, d'autres parlements ont fondé leur critique sur le non-respect de l'exclusion explicite du droit de grève des compétences de l'Union en matière sociale (FR, DK, LU, NL, PT), une exclusion qui ne pourrait pas être contournée par le choix de l'article 352 TFUE comme base juridique²⁸. Du point de vue de l'article 352, le *Riksdag* suédois et le *Saeima* de Lettonie se plaignent quant à eux du fait que la proposition ne soit pas claire par rapport aux objectifs établis dans les traités qu'elle souhaite réaliser ; dans ce sens, le recours à la "clause de flexibilité" ne serait pas justifiable. Il est intéressant de souligner qu'on retrouve réunis dans cette critique deux États membres qui, à l'occasion de *Viking*, avaient soutenu des positions tout à fait divergentes. Ainsi, la Suède avait nié la compétence du droit de l'UE de restreindre le droit de mener une action collective lorsque la Lettonie avait affirmé la légitimité de cette restriction sur base des libertés fondamentales du marché intérieur (Bercusson, 2007:283).

Fond

21 Les avis motivés critiquant la proposition sur base de son contenu sont, eux aussi, nombreux. Deux arguments principaux guident ces critiques. D'un côté, certains parlements dénoncent la non-compatibilité du règlement, plus particulièrement les limitations au droit de grève qu'il prévoit, avec la protection accordée à ce droit par des instruments internationaux (BE, FI, LV, LU). Dans ce sens, la chambre des Représentants de Belgique fait explicitement référence à la Charte sociale européenne (émanant du Conseil de l'Europe et non de l'Union européenne), qui protège le droit de grève dans son article 6(4), en affirmant que les restrictions apportées au droit de grève par la proposition de règlement en question vont *"au-delà de ce qui est autorisé par la Charte sociale européenne avec entre autres un test de proportionnalité entre action collective (grève) et liberté d'établissement et libres prestations de services, qui ne semble pas opportun de maintenir"*. D'autre part, plusieurs avis motivés critiquent la proposition parce qu'elle pourrait affecter d'une façon négative les systèmes de résolution des conflits collectifs déjà en place dans les États membres (DK, FI, LU, MT, NL, SE). Il est intéressant de noter que tous les parlements scandinaves se sont réunis autour de cet argument. Au-delà de ces deux groupes d'arguments, la proposition est souvent critiquée en tant que simple répétition de la jurisprudence de la Cour de Justice en *Viking* et *Laval* (FI, LU, MT, PL). Cet argument est parfois proposé comme une critique de fond de la proposition et parfois comme une critique de la *nécessité* de légiférer au niveau européen –se confondant dès lors avec les arguments relatifs à la subsidiarité.

Trois enseignements retenus des cartons jaunes

1. D'après le tableau, on constate que plusieurs parlements nationaux ont dépassé les limites d'un simple contrôle de "subsidiarité" dans leur évaluation du règlement "Monti II" (Fabbrini, 2012). Cette attitude provient vraisemblablement du caractère très sensible sur le plan politique du dossier qui touche une thématique liée aux traditions juridiques et constitutionnelles des États membres plutôt que d'une intention de la part des parlements nationaux de jouer un rôle plus important dans le processus législatif européen à l'avenir. Sur ce point, l'avis motivé rendu par l'*Assembleia da República* du Portugal est parlant en ce qu'il dénonce l'idée d'équivalence entre droits sociaux et droits économiques comme contraire aux "*traditions constitutionnelles du Portugal*".
2. Dans la lettre motivant le retrait²⁹ de la proposition, la Commission considère effectivement que les avis motivés ne montrent pas une violation du principe de subsidiarité. La décision de retirer la proposition est plutôt motivée par la difficulté de trouver un consensus politique suffisant pour l'approbation³⁰. Dans ce sens, les avis des parlements nationaux ont joué un rôle de "sonnette d'alarme", en signalant l'indisposition de certains États membres et acteurs sociaux à la proposition. Le commissaire Lázló Andor a aussi précisé que la Commission ne formulerait pas de nouvelle proposition sur le dossier. En répondant à la question écrite de Mitro Repo, député européen, le commissaire a ainsi affirmé que la Commission considérerait le droit de grève suffisamment protégé par l'article 28 de la Charte de Nice³¹. Ce point sera abordé dans les conclusions.
3. La majorité des avis motivés critique la proposition de la Commission (aussi) sur la base de son contenu. Et ceci soit parce qu'elle *répète* la jurisprudence de la Cour (*Viking* et *Laval*), soit parce qu'elle serait *contraire* aux standards de protection du droit de grève établi dans les documents européens et internationaux. Tout en allant au-delà des limites d'un contrôle de subsidiarité, ces arguments montrent l'insatisfaction de certains États membres vis-à-vis tant de la jurisprudence de la Cour de Justice en matière de grève que de la proposition de règlement, vue comme une confirmation de cette jurisprudence. On peut ajouter que, pour cette même raison, la CES aussi s'est félicitée de la décision de la Commission de retirer la proposition, tout en soulignant que cette décision laissait ouverts tous les problèmes créés par les décisions de la Cour de Justice³².

Conclusions

- 22 La proposition de règlement "Monti II" représente un instantané des rapports des forces autour de la relation entre les libertés du marché et les droits sociaux fondamentaux (dont le droit de grève) au niveau européen. Comme il ressort du texte brièvement analysé, ces rapports ne semblent pas en ce moment en faveur d'une *vraie* protection du droit de grève par rapport aux effets pernicioeux de la jurisprudence de la Cour de Justice. Cette même jurisprudence a en effet joué un rôle aussi dans la détermination desdits rapports de force: lorsque la proposition de la Commission nécessitait l'unanimité dans le Conseil pour être approuvée, il a été facile pour certains acteurs d'activer leurs "points veto" (Eichhorst, 1998) pour obtenir une proposition moins ambitieuse dans la protection des droits sociaux. Au contraire, les acteurs intéressés à une protection suffisante ne pouvaient pas recourir à cette menace: en l'absence d'une intervention législative, la matière demeurerait en effet réglée par la jurisprudence de la Cour. En même temps, comme une intervention législative en matière de grève est nécessairement influencée (voir dictée) par les rapports de force au sein de la société au sens large, force est de constater que le *timing* était malheureux. Les arrêts *Viking* et *Laval* ont été prononcés quelques mois avant la faillite soudaine de *Lehman Brothers*. Le débat entamé autour de ces décisions et ensuite poursuivi autour de la "solution" (le règlement "Monti II") s'est donc déroulé dans un contexte où émergeaient parallèlement les mesures d'austérité. Cette coïncidence chronologique a, d'une part, affaibli les ressources du pouvoir du mouvement syndical européen, avec la narration unidirectionnelle de la crise fondée sur le paradigme

dette/déévaluation interne, et a, d'autre part, détourné l'attention du débat précité vers les effets beaucoup plus évidents et directs de la spirale crise/austérité sur les droits sociaux.

- 23 Peut-on vraiment se réjouir de l'échec de la proposition "Monti II"? Pour ceux qui souhaitent une protection majeure des droits sociaux fondamentaux, la réponse semble être affirmative pour plusieurs raisons, bien qu'elle devienne (un peu) plus nuancée si on prend en compte la jurisprudence de la Cour. En premier lieu il est évident que la proposition de règlement confirmait le test de proportionnalité comme l'instrument pour résoudre les conflits entre les droits sociaux fondamentaux et les libertés du marché. Cette confirmation aurait inscrit ce test dans un texte législatif, impliquant un taux de "permanence" et un *imprimatur* démocratique pour une solution fort critiquée. De surcroît, on aurait assisté à l'émanation d'un acte législatif de l'Union allant à l'encontre de la position de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT et donc des standards de l'OIT tels qu'interprétés par les organes de contrôle de l'application de ces textes. En deuxième lieu, la proposition de règlement ne présente pas une solution à un risque identifié dans l'exposé des motifs de la proposition même: *"le risque d'actions en dommages-intérêts et des doutes quant au rôle des juridictions nationales pourraient empêcher les syndicats d'exercer leur droit de grève"*. La proposition ne fait rien pour clarifier cette situation; en effet, la sûreté juridique du "test croisé de proportionnalité" de l'article 2, en termes de *prévisibilité* de ses résultats, est quasiment inexistante; la proposition n'identifie par ailleurs aucune limite pour ces dommages-intérêts³³. Si on revient aux conclusions de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT à propos de BALPA, on relève facilement que *"la menace omniprésente d'une action en dommages-intérêts comportant le risque de mener le syndicat dans une situation d'insolvabilité, éventualité aujourd'hui fort plausible, compte tenu de la jurisprudence Viking et Laval, crée une situation dans laquelle l'exercice des droits établis par la convention devient impossible"*³⁴. La proposition de règlement ne semblait pas capable de désamorcer cette menace. Ces critiques résonnent dans plusieurs avis motivés des parlements nationaux, qui fustigent en masse l'absence de clarté (DK, FI, LV, LU, MT, NL, PL, SE, UK), la confirmation de la jurisprudence de la Cour (FI, LU, PL, PT) ou encore le non-respect des standards internationaux de protection du droit de grève (BE, LV, FI, LU).
- 24 Par ailleurs, comme cela a été résumé dans le tableau, plusieurs parlements nationaux contestent la compétence même de l'UE à légiférer dans ce domaine. Et cela même lorsque certains de ces États membres (comme la Lettonie) avaient soutenu, dans le contexte de *Viking* et *Laval*, l'applicabilité des règles relatives aux libertés fondamentales du marché intérieur au droit de mener une action collective. En ce sens, la seule possibilité de garantir le respect par la Cour de Justice des standards de protection du droit de grève établit par les traditions constitutionnelles des États membres et par les textes internationaux passeraient par une réforme des traités³⁵. L'évidente difficulté politique de cette réforme, couplée au problème posé par la question de compétence, semble fermer toute possibilité d'une re-réglementation (Scharpf, 2010) au niveau européen, ce qui laisse la question entre les mains de la Cour de Justice³⁶, confirmant l'asymétrie de l'ordre juridique européen, très efficace quand il s'agit de "déconstruire" les systèmes nationaux de protection, mais beaucoup moins capable de "reconstruire" à un niveau supranational. La réponse du commissaire Lázló Andor, évoquée dans la section 5 (point b) confirme cette analyse. La Charte des Droits fondamentaux de l'Union européenne, dans son article 28³⁷, consacre le droit de grève seulement dans la mesure où celui-ci est exercé *"conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales"*. Cette double limite, qui implique le niveau *minimum* de protection entre les différents ordres juridiques, a déjà été utilisée par la Cour dans les arrêts *Viking* et *Laval*³⁸. Ainsi, au regard de l'interprétation de la Cour de Justice, l'article 28 semble aujourd'hui plutôt un cheval de Troie qu'un instrument de protection. Pour conclure, il est intéressant de noter le risque implicite de ce dossier, dans son *timing* malheureux. Les pays qui ont été touchés directement par la jurisprudence de la Cour appartiennent à présent au groupe des pays "crédoiteurs"³⁹. Alors que les mesures d'austérité font plonger le soutien pour le projet européen

dans les pays "débiteurs", cette jurisprudence risque d'éloigner également de ce projet des secteurs de l'opinion publique des États membres en "bonne santé" économique.

Bibliographie

- Bercusson, Brian (2007). The trade union movement and the European Union: Judgment day, *European Law Journal*, vol. 13, n° 3, pp. 279-308.
- Bercusson, Brian (2009). *European Labour Law* (2nd Edition), Cambridge, Cambridge University Press, 738 pages.
- Bruun, Nikals, Bücker, Andreas et Filip Dorssemont (2013). Balancing Fundamental Social Rights and Economic Freedoms: Can the Monti II Initiative Solve the EU Dilemma?, *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 3, pp. 279-306.
- Dorssemont, Filip (2011). How the European Court of Human Rights gave us Enerji to cope with Laval and Viking, dans Marie-Ange Moreau (sous la direction de), *Before and After the Economic Crisis*, Cелtenham, Edward Elgar, pp. 217-235.
- Eichhorst, Werner (1998). European social policy between national and supranational regulation: Posted workers in the framework of liberalized services provision, *MPIfG discussion paper*, n° 6, pp. 1-39.
- Ewing, Keith D. et John Hendy QC (2010). The Dramatic Implications of Demir and Baykara, *Industrial Law Journal*, vol. 39, n° 1, pp. 2-51.
- Ewing, Keith D. (2012). The Draft Monti II Regulation: an Inadequate Response to Viking and Laval, *IER Briefing*, 2012, <http://www.ier.org.uk/resources/draft-monti-ii-regulation-inadequate-response-viking-and-laval>.
- Fabbrini, Federico (2012). Le droit de grève dans un marché commun: les défis européens à la lumière de l'expérience américaine, *La Doc. Française*, vol. 1, pp. 150-175.
- Fabbrini, Federico et Katarzyna Granat (2013). "Yellow Card but no Foul": the role of National Parliaments under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike, *Common Market Law Review*, vol. 50, pp. 115-144.
- Gernigon, Bernard, Otero, Alberto et Horacio Guido (1998). ILO Principles concerning the right to strike, *International Labour Review*, vol. 137, n° 4, p. 8.
- Kahn-Freund, Otto (1977). *Labour and the Law*, Londres, Stevens & Sons, 270 pages.
- Orlandini, Giovanni (2000). The Free Movement of Goods as a Possible 'Community' Limitation on Industrial Conflict, *European Law Journal*, vol. 6, n° 4, pp. 341-362.
- Rocca, Marco (2012). The Proposal for a (so-called) "Monti II" Regulation on the Exercise of the Right to Take Collective Action within the Context of the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services, *European Labour Law Journal*, n° 1, pp. 19-34.
- Scharpf, Fritz W. (2010). The asymmetry of European integration, or why the EU cannot be a 'social market economy', *Socio-Economic Review*, vol. 8, n° 2, pp. 211-250, 2010.

Notes

- 1 COM(2012) 130 final, aussi dit "Règlement Monti II" (Ewing, 2012).
- 2 *Viking Line*, C-438/05 du 11 décembre 2007.
- 3 *Laval*, C-341/05 du 18 décembre 2007.
- 4 Le règlement, aussi bien que les arrêts évoqués dans cette contribution font référence au droit (ou à la liberté) de mener une action collective, ce qui indique une portée plus large que celle du droit de grève. En effet, ni dans *Viking* ni dans *Laval*, l'action collective en question n'était une grève. Toutefois, j'utiliserai ici l'expression "droit de grève", ce droit "monopolisant" largement la conception de l'action collective dans les ordres juridiques francophones en Europe.
- 5 Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, J.O. 2010, C 83/206.
- 6 Lorsqu'une grève est susceptible de prohiber, gêner ou rendre moins attrayant l'exercice des libertés fondamentales, cette restriction "ne saurait être admise que si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le traité et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général, pour autant, en pareil cas, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre", *Laval*, para. 101; *Viking*, para. 75.

- 7 La grève peut être entamée seulement si son objectif ne peut pas être atteint par "d'autres moyens, moins restrictifs" des libertés fondamentales et si le syndicat "a(...) épuisé ces moyens avant d'engager une telle action", *Viking*, para. 87.
- 8 *Une Nouvelle Stratégie pour le Marché Unique*, 9 mai 2010. Le rapport a été rédigé par M. Mario Monti, qui n'était alors « que » professeur des universités, sur demande de M. Barroso.
- 9 Encore une fois, la question fut abordée dans le contexte du détachement de travailleurs, bien que l'arrêt *Viking* ait montré que le problème pouvait concerner d'autres domaines.
- 10 Règlement (CE) n° 2679/98 du Conseil du 7 décembre 1998 relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les États membres.
- 11 C-271/08.
- 12 Instituée en 1959, la Cour européenne des Droits de l'Homme (CEDH) est l'organe judiciaire de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe. Elle est compétente pour statuer sur des requêtes individuelles (depuis 1989) ou étatiques alléguant des violations des droits civils et politiques énoncés par la Convention européenne des Droits de l'Homme.
- 13 *Ibidem*, para. 154.
- 14 Cour européenne des Droits de l'Homme, 21 avril 2009, no. 68959/01.
- 15 Lorsque les deux droits sont inclus dans l'article 11 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, qui protège la liberté d'association syndicale, les restrictions doivent être évaluées à la lumière de l'article 11(2): "l'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui".
- 16 Par ailleurs, l'impact des décisions de la Cour de Justice a été à nouveau critiqué, avec des arguments essentiellement similaires, aussi après la présentation de la proposition "Monti II" par la Commission. Voy. Conférence internationale du Travail, 102e session, 2013, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, pp. 178 et ss. , et Comité européen des droits sociaux, Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède, Réclamation n° 85/2012.
- 17 La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations reconnaît, depuis 1959, que cette Convention protège aussi le droit de grève (Gernigon et al., 1998).
- 18 Conférence internationale du Travail, 99e session, 2010, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, pp. 211-212.
- 19 La "clause Monti originaire était introduite dans un instrument qui visait le marché intérieur (et pas les droits sociaux) et qui pouvait être utilisé *aussi* pour affecter le droit de mener des actions collectives.
- 20 Il a été proposé par Fabbrini d'interpréter ce paragraphe comme excluant de la portée du règlement les actions collectives dans des situations purement internes (Fabbrini, 2012). Bien que cette interprétation soit la seule qui puisse concilier l'article 1(2) avec le reste du règlement, il est évident qu'elle rend l'article *superflu*, lorsque les situations purement internes sont toujours exclues de la portée des libertés du marché intérieur (dites fondamentales).
- 21 ETUC/CES, Declaration on the Commission proposals for a Monti II Regulation and Enforcement Directive of the Posting of Workers Directive, 19/04/2012, http://www.etuc.org/documents/etuc-declaration-commission-proposals-monti-ii-regulation-and-enforcement-directive#.VHjetjHF__E .
- 22 BUSINESSSEUROPE, Policy Briefing (Posting of Workers), 03/04/2012, <http://www.businessseurope.eu/Content/Default.asp?PageID=568&DocID=30086> .
- 23 "En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union".
- 24 JO 1997, C 340.
- 25 Article 5 du protocole n° 30 (1997).
- 26 Articles 4-6 du protocole n° 2 (2010).
- 27 "Tout parlement national ou toute chambre de l'un de ces parlements peut, dans un délai de six semaines à compter de la date de transmission d'un projet d'acte législatif européen, adresser aux présidents du Parlement européen, du Conseil et de la Commission un avis motivé exposant les raisons pour lesquelles il estime que le projet en cause n'est pas conforme au *principe de subsidiarité*".
- 28 Cet argument était en effet anticipé par l'avocat général Mengozzi dans ses Conclusions sur Laval: "*Pour préserver l'effet utile du paragraphe 5 de l'article 137 CE [maintenant article 153(5) TFUE], les institutions communautaires ne pourraient pas, bien entendu, recourir à d'autres bases juridiques*

dans le traité pour adopter des mesures visant à rapprocher les législations des États membres en ce domaine", para. 10.

29 Bruxelles, 12 septembre 2012, Ares(2012)1058907.

30 La proposition nécessitait l'unanimité au Conseil, aussi bien que de l'approbation par le Parlement européen.

31 EN E-008617/2012, réponse de László Andor.

32 ETUC/CES, ETUC welcomes the decision to withdraw the Monti II Regulation, 12/09/2012, http://www.etuc.org/press/etuc-welcomes-decision-withdraw-monti-ii-regulation#.VHjeuDHF__E.

33 Un problème qui était bien visible dans la dispute relative à BALPA, mentionnée dans la Section 1.1. *British Airways* avait en effet menacé le syndicat (BALPA) d'une demande de dommages et intérêts, sur la base de la doctrine de la CJUE en *Viking* et *Laval*, de 100 millions de livres sterling (140 millions d'euros) par jour de grève.

34 Il est intéressant aussi de souligner que le rapport de la Commission OIT continue avec une remarque qui va au-delà de la dispute spécifique: "la commission observe à cet égard que, dans le contexte actuel de la mondialisation, de telles affaires risquent de devenir plus courantes".

35 Voir la proposition du "Protocole de progrès social" de la Confédération Européenne des Syndicats, <http://www.etuc.org/a/5176>.

36 Qui, comme il a été souligné avant, a déjà étendu le raisonnement de *Viking* et *Laval* au droit de négociation collective. Voir *Commission c. Allemagne*, C-271/08.

37 "Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève".

38 *Laval*, para. 91; *Viking*, para. 44. Le fait que la Charte ait acquis, après l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la même valeur juridique des traités ne semble pas avoir changé l'interprétation de la Cour.

39 Suède et Finlande en premier lieu, mais l'Allemagne a aussi été intéressée par des arrêts qui touchent le système de négociation collective, comme *Commission c. Allemagne* (précité) et *Rüffert* (C-346/06, 3 avril 2008).

Pour citer cet article

Référence électronique

Marco Rocca, « Le droit de grève et l'Union Européenne en période d'austérité: la proposition "Monti II" et ses cartons jaunes », *Revue Interventions économiques* [En ligne], 52 | 2015, mis en ligne le 01 mars 2015, consulté le 16 juin 2016. URL : <http://interventionseconomiques.revues.org/2486>

À propos de l'auteur

Marco Rocca

Chargé de cours invité, Centre Interdisciplinaire Droit Entreprise Société (CRIDES), Université Catholique Louvain

Droits d'auteur



Les contenus de la revue *Interventions économiques* sont mis à disposition selon les termes de la Licence Creative Commons Attribution 4.0 International.

Résumés

Le 21 mars 2012, la Commission européenne a présenté la proposition de règlement relative à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services. Cette proposition, dite "Monti II",

avait pour but de résoudre la tension entre le droit de mener une action collective et les libertés économiques du marché intérieur, créée par deux arrêts (tristement) célèbres de la Cour de Justice (*Viking* et *Laval*). Toutefois, la proposition en question a été retirée par la Commission en septembre 2012, suite à des nombreuses critiques ("cartons jaunes") soulevés par des parlements nationaux dans le contexte de la procédure prévue par le protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité. Après avoir présenté brièvement le contenu de la proposition "Monti II", cette contribution examine les différents arguments qui ont donné lieu aux "cartons jaunes" afin d'éclairer la situation actuelle de la relation entre le droit de mener une action collective et le droit de l'UE.

On March the 21st 2012 the European Commission adopted its proposal for a Regulation on the exercise of the right to take collective action within the context of the freedom of establishment and the freedom to provide services. This proposal, also known as "Monti II" was to provide an answer to the concerns raised by the case law of the Court of Justice dealing with the right to take collective action (cases *Viking* and *Laval*). However, the proposal was rather short-lived, having being withdrawn by the Commission in September 2012. The present contribution explores the steps which brought to such an outcome. In particular, it analyses the so-called "yellow cards" which were raised against the proposal by several national parliaments in the context of the procedure set up by the Protocol N° 2 on Subsidiarity and Proportionality. Together with the "Monti II" proposal, these "yellow cards" provide interesting insights as regards the present conception of the relationship between the right to take collective action and the EU legal order.

Entrées d'index

Mots-clés : droit de grève, Droit du travail de l'UE, Libertés fondamentales de l'UE, Principe de proportionnalité, Principe de subsidiarité

Keywords : EU Labour Law, Fundamental Freedoms of the EU, Proportionality, Right to strike, Subsidiarity