

Application du droit du travail : les interactions entre droits nationaux et communautaire

Brian Bercusson (*)

L'efficacité des procédures d'application du droit du travail - par les tribunaux, l'administration et la voie négociée, selon le cadre retenu par A. Supiot en 1991 (n°47) - connaissent l'impact de deux grandes tendances : la prééminence du droit du travail communautaire sur les systèmes nationaux ; la perméabilité entre différentes sources et méthodes d'application au niveau communautaire même. L'article étudie en deux temps ces interactions entre les niveaux nationaux et communautaire : de nouvelles formes hybrides voient le jour, pas toujours favorables à un dialogue social préservé.

Les interactions droits du travail nationaux / droit communautaire : • pertinence de la méthode comparative pour l'étude de l'application du droit du travail • effectivité et sanctions formelles • principe d'effectivité du droit du travail communautaire • liens entre voie conventionnelle et procédures d'application administrative ou judiciaire • les chevauchements : la représentation des acteurs collectifs dans les procédures administratives et judiciaires • l'application des droits fondamentaux du droit du travail : la Charte de l'Union européenne • le rôle de l'intervention administrative dans l'application du droit du travail communautaire • l'intervention de l'administration dépend du contexte du droit mis en application • le rôle négligé mais essentiel des dispositions judiciaires provisoires • les interventions de la Cour de justice européenne sur les procédures d'application judiciaires nationales et les réponses judiciaires • les recours judiciaires ont une spécificité liée au contexte • les principes tels que « le titulaire d'un droit dispose d'une action en justice » et leurs implications pour les droits collectifs • l'application du droit du travail communautaire dans les nouveaux États membres • conclusion : des leçons pour l'effectivité du droit du travail communautaire.

Les évolutions : les leçons droit du travail communautaire / droits nationaux : • le contexte : la stratégie de Lisbonne • les changements juridiques du Traité de Nice : de l'application judiciaire aux procédures administratives • l'Agenda 2000-2005 pour la Politique sociale • 1^{er} hybride : fusion des mécanismes conventionnels et administratifs (dialogue social et méthode ouverte de coordination) • 2^{ème} hybride : un nouvel équilibre entre voies négociées et mécanismes législatifs (dialogue social et législation) • 3^{ème} hybride : les nouveaux développements doctrinaux de la Cour de justice européenne.

La version anglaise originelle de ce texte est publiée en annexe à la version française.

L'article écrit en 1991 pour le numéro 47 de *Travail et Emploi* sur l'application du droit du travail dans les juridictions nationales (SUPIOT, 1991), retenait comme cadre analytique trois modalités principales d'application dans un contexte national : l'administration, les tribunaux, les partenaires sociaux (procédures administrative, judiciaire et conventionnelle). Le même cadre a été appliqué à la mise en œuvre du droit du travail au niveau européen (BERCUSSON, 1996) la question de l'efficacité des différentes procédures se posant de la même façon.

Deux points font que cette analyse est toujours actuelle : la prééminence croissante du droit du

travail communautaire sur les systèmes nationaux, ce qui pose la question complexe des interactions entre mécanismes nationaux et mécanismes communautaires d'application du droit du travail dans les États membres (1) (1^{ère} partie de cet article) ; la perméabilité de plus en plus marquée entre les différentes sources et méthodes d'application du droit du travail communautaire, et les conséquences qui en résultent pour l'évolution des systèmes nationaux d'application (2^{ème} partie). Ces deux tendances ont des implications importantes pour l'application des droits du travail nationaux.

(*) School of Law, King's College, University of London, Strand, London WC2R 2 LS, Royaume-Uni.

(1) Par exemple, une source britannique estime que 40 % du droit relatif à l'emploi en Grande-Bretagne dérive des exigences communautaires : voir C. KILPATRICK (2003).

Interactions : des droits du travail nationaux vers le droit du travail communautaire

L'effectivité du droit du travail est un domaine où l'étude combinée droit du travail communautaire/droit comparé peut apporter des éléments significatifs et complémentaires (2). Un projet de recherche mené par des universitaires de différents pays (MALMBERG, 2003) (dont la préface, que nous avons signée, constitue beaucoup de la 1^{ère} partie de cet article) (3) offre ainsi une série d'aperçus stimulants :

(a) pertinence de la méthode comparative pour l'étude de l'application du droit du travail

(b) effectivité et sanctions formelles dans le droit du travail communautaire

(c) le principe d'« effectivité » du droit du travail communautaire

(d) liens entre voie conventionnelle et procédures d'application administratives ou judiciaires

(e) les chevauchements : la représentation des acteurs collectifs dans les procédures administratives et judiciaires

(f) application des droits fondamentaux du droit du travail : la Charte de l'Union européenne

(g) rôle de l'intervention administrative dans l'application du droit du travail communautaire

(h) l'intervention de l'administration dépend du contexte du droit mis en application

(i) le rôle négligé mais essentiel des dispositions judiciaires provisoires

(j) les interventions de la Cour de justice européenne sur les procédures d'application judiciaires nationales et les réponses judiciaires

(k) les recours judiciaires ont une spécificité liée au contexte

(l) les principes tels que « le titulaire d'un droit dispose d'une action en justice » et leurs implications pour les droits collectifs

(m) l'application du droit du travail communautaire dans les nouveaux États membres

(n) conclusion : des leçons pour l'effectivité du droit du travail communautaire.

(a) pertinence de la méthode comparative pour l'étude de l'application du droit du travail

On utilise la méthodologie du droit comparé pour l'étude de l'application du droit du travail communautaire parce que l'effectivité de ce droit dépend des règles et des pratiques des différents États membres. Pour parler de façon plus synthétique, le droit communautaire détermine des règles de fond, le droit national détermine des sanctions et des procédures.

Le constat des stratégies variées que les États membres utilisent pour appliquer les mêmes réglementations communautaires sur le temps de travail, l'égalité des sexes et la restructuration des entreprises justifie la conclusion de Jonas MALMBERG que : « *Pour analyser l'application du droit communautaire, il faut prendre en compte le niveau national. Les stratégies traditionnelles des acteurs nationaux pour concrétiser et appliquer le droit du travail peuvent servir de point de départ pour dresser le cadre de référence d'une telle analyse* ».

(b) effectivité et sanctions formelles dans le droit du travail communautaire

L'étude du droit du travail communautaire par la méthode comparative doit être complétée par l'analyse des matériaux juridiques communautaires. Par exemple, il y a une importante distinction entre la pleine effectivité dérivant des règles européennes et les sanctions formelles pour violation du droit du travail européen. Ces dernières sont plus restreintes, et malgré un indéniable chevauchement, la distinction est importante.

(c) le principe d'« effectivité » du droit du travail communautaire

À travers l'analyse de la jurisprudence de la Cour de justice européenne, on peut mettre en lumière des traits distinctifs fins et significatifs qui caractérisent l'application du droit du travail communautaire. Le cumul de trois principes, équivalence, effectivité et proportionnalité, a pour résultat l'émergence du « principe d'effectivité » (4). Ce principe peut être appliqué non seulement à la sphère du judiciaire, mais également aux champs administratif et conventionnel comme mode d'application du droit du travail communautaire. La formulation de ce principe et en particulier l'extension de son application, au-delà du champ

(2) Le droit du travail communautaire « a des qualités spécifiques d'applicabilité qui le distingue du droit du travail national ...les analyses comparatives des systèmes nationaux de droit du travail révèlent des différences entre les mécanismes d'application utilisés dans les droits du travail des différents pays. La mise en œuvre du droit du travail communautaire aura ses propres caractéristiques, mais il gardera l'empreinte du système du droit national dans lequel il intervient ». B. BERCUSSON, *op. cit.* p. 97.

(3) Voir la préface de B. BERCUSSON, pp. 17-25.

(4) Dans sa contribution à l'introduction du livre, pp. 43-58, Barry FITZPATRICK fournit une analyse argumentée du flux et du reflux de la doctrine de la Cour de Justice européenne sur la protection judiciaire effective basée sur les principes d'équivalence, d'effectivité et de proportionnalité.

judiciaire traditionnel (SCIARRA, ed. 2001) aux sphères administrative et conventionnelle, est riche d'enseignements pour d'autres domaines du droit du travail communautaire.

(d) liens entre voie conventionnelle et procédures d'application administratives ou judiciaires

Par exemple, l'intégration dans des accords collectifs de règles du droit du travail communautaire suppose que les parties prenantes s'impliquent dans leur mise en œuvre et peut à la fois favoriser leur mise en conformité par des voies d'application administratives ou judiciaires et réduire la nécessité de recourir à elles (5). Il y a un point évident mais quelquefois négligé par les juristes : pour un travailleur ou représentant des travailleurs confronté à une violation de ses droits par l'employeur, la première étape n'est pas d'aller au tribunal, mais de chercher à résoudre le conflit par la discussion. Les procédures judiciaires sont donc précédées de négociations engagées dont le but est d'établir les faits et d'interpréter les règles, y compris les règles légales formelles. La négociation collective, incluant l'information et la consultation, est ainsi partie intégrante du processus d'application des règles dans les conflits nés à propos du droit du travail communautaire.

(e) les chevauchements : la représentation des acteurs collectifs dans les procédures administratives et judiciaires

De ce fait, pour les juristes communautaires, les règles régissant les procédures négociées peuvent être d'une égale importance pour les conditions que les États membres doivent respecter pour l'accès aux tribunaux et pour le droit de représentation qu'exige une application convenable des directives européennes sur le travail. Ces voies complémentaires d'application se superposent dans deux cas : avec la question du statut des représentants des travailleurs devant les tribunaux et avec le problème de la préservation des intérêts individuels des salariés lorsqu'ils divergent de l'intérêt collectif.

Le recours à des acteurs collectifs dans les voies judiciaires d'application du droit du travail communautaire est nettement en deçà de son usage relativement étendu dans les États membres, du moins jusqu'aux récentes initiatives communautaires attribuant un droit de représentation à des groupes d'intérêts, comme dans l'article 9 (2) de la Directive cadre sur l'égalité d'emploi (6), et l'article 6 (3) de la Directive pour l'égalité de traitement (7).

(f) application des droits fondamentaux du droit du travail : la Charte de l'Union européenne

La perspective d'intégrer dans le projet de constitution européenne la Charte de l'Union européenne des droits fondamentaux qui inclue de nombreux droits et principes de droit du travail signifie que la question de l'application – et pas seulement de l'évocation à l'occasion des litiges judiciaires de ces droits et principes, a focalisé l'attention. Les alternatives aux voies judiciaires d'application effective des droits sociaux et du droit du travail dans la Charte de l'Union européenne pourraient devenir un élément central du débat. Jonas MALMBERG le souligne : « *on pourrait dire que plus le droit communautaire enfreint est fondamental, plus la structure chargée du recours devrait avoir des pouvoirs étendus* ». Il oppose les droits du travail « ordinaires » aux droits sociaux « fondamentaux » que sont l'égalité, la santé et la sécurité, et même l'information et la consultation des travailleurs, et demande : « *ne faudrait-il pas, pour assurer l'application du droit communautaire, que le niveau de contrôle des voies de recours et plus largement des procédures judiciaires nationales soit plus exigeant là où des droits sociaux fondamentaux sont en cause* » ?

Cet argument est particulièrement d'actualité par rapport à la question des sanctions dans la récente directive sur l'information et la consultation au niveau national (8). L'incorporation dans la directive finale de la formule traditionnelle concernant

(5) Dans un chapitre sur les voies négociées, Taco van Piejpe recherche dans quelle mesure la combinaison du droit du travail communautaire et des systèmes respectifs de droits du travail nationaux contribue à l'utilisation de négociations comme moyen d'application dans les champs respectifs des restructurations, du temps de travail et de l'égalité de traitement ; MALMBERG (ed), *op. cit.*, pp. 77-108.

(6) Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, OJ, 2000, L303/16.

(7) Directive 2002/73/CE du Parlement européen et du Conseil, OJ, 2002, n° L269/15 modifiant la directive 76/207/CE du Conseil relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelle et les conditions de travail, OJ, 1976, n° L39/40.

(8) Directive 2002/14/CE du Parlement européen du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne, OJ 2002, L80/29.

les sanctions judiciaires est en retrait par rapport au projet initial recherchant des recours mieux ciblés en cas d'atteintes spécifiques et sérieuses (9). Quoiqu'il en soit, l'article 27 de la Charte de l'Union européenne faisant des droits des travailleurs à l'information et à la consultation un droit fondamental, la question des sanctions requises pour son application effective, une fois intégrée dans la constitution, pourra peut-être redevenir d'actualité.

(g) rôle de l'intervention administrative dans l'application du droit du travail communautaire

Quant aux voies administratives d'application, l'argument donné est qu'historiquement, elles ont été établies dans les droits du travail nationaux parce que les travailleurs n'étaient pas à même, en pratique, de faire appliquer leurs droits à travers des procédures judiciaires (10). Il y a un paradoxe apparent dans le fait que le droit communautaire ait échoué à reconnaître cette faiblesse des droits du travail nationaux et à développer des instruments spécifiques d'application administrative (11). Non qu'il faille aller dans la direction absolument contraire, car des procédures administratives pourraient ne pas suffire à une application effective des directives concernées ; mais l'application effective de ces directives pourrait nécessiter des interventions administratives pour renforcer les actions individuelles ou collectives.

(h) l'intervention de l'administration dépend du contexte du droit mis en application

De façon plus importante, Sylvaine LAULOM démontre que la nature de l'intervention administrative dépend de la sphère concernée, pour les trois sphères du temps de travail, de l'égalité de traitement au travail, et de la restructuration des entreprises. « *Les voies administratives comme les voies négociées ou judiciaires, sont fortement corrélées dans chacun des trois champs du droit du travail concernés et dans l'ensemble des États membres étudiés. Mais ces interrelations sont manifestement différentes selon la sphère dans laquelle on se trouve. La tâche des autorités administratives dans le domaine du temps de travail a une base traditionnelle du fait des liens établis entre temps de travail, santé et sécurité. Néanmoins, l'importance croissante de la négocia-*

tion collective dans la régulation du temps de travail peut impliquer quelques changements dans les fonctions des organismes administratifs... Concernant l'égalité, les États membres ayant un corps d'inspection du travail avec des pouvoirs spécifiques ont prévu des autorités indépendantes pour le contrôle des principes d'égalité. Ceci montre le besoin d'une sorte de contrôle supplémentaire pour l'application collective et judiciaire du droit à l'égalité ».

(i) le rôle négligé, mais essentiel des dispositions judiciaires provisoires

Un exemple d'une signification pratique exceptionnelle, bien que souvent ignoré dans le droit du travail, concerne la question des instances qui ont un pouvoir de décision provisoire sur les questions d'application du droit du travail communautaire. Ce point qui concerne particulièrement la Suède s'est manifesté à l'occasion de l'Acte suédois de Co-détermination en 1976 (12).

Jonas MALMBERG souligne que, même si les litiges peuvent être résolus à travers des procédures judiciaires, celles-ci prennent normalement un temps considérable et compte tenu de la continuité dans les faits de la relation de travail, « *il est très important d'établir laquelle des deux parties verra son interprétation appliquée jusqu'à ce que le litige soit finalement résolu* ». Et en premier lieu, « *dans quelle mesure l'une des deux parties a-t-elle le pouvoir d'appliquer sa propre interprétation sans attendre la décision d'une Cour ?* » ou, pour utiliser la terminologie suédoise, quelle partie a la « *priorité d'interprétation* », c'est-à-dire le « *privilège du préalable* » dans la terminologie française ? D'autres questions sont liées à celles-ci, telles que la question de la partie qui a la charge de porter le conflit devant le Tribunal pour faire appliquer son interprétation et, en conséquence, dans quelles circonstances la Cour peut-elle prendre une décision provisoire ? L'analyse comparative apporte un grand nombre d'indicateurs, « *les règles sur le privilège du préalable et la charge du litige diffèrent largement, selon la partie qui a l'initiative de l'application... autorité administrative, représentants des travailleurs ou employés individuels. Il y a des exemples où le privilège du préalable est donné à des représentants des travailleurs avec, comme cas le plus frappant, les règles de l'Acte de Co-détermination suédois* ».

(9) Pour un exposé détaillé, voir B. BERCUSSON, (2002), pp 209-244.

(10) Sylvaine LAULOM, in MALMBERG (ed), *op. cit.*, pp. 109-135.

(11) LAULOM relève des indicateurs dans la forme d'exigence de l'intervention administrative dans les lois européennes sur les licenciements collectifs (informations aux autorités publiques) et la nouvelle Directive 2000/43 sur les discriminations raciales (désignation de corps spéciaux de promotion de l'égalité de traitement).

(12) Voir Jonas MALMBERG in MALMBERG (ed), *op. cit.*, pp. 159-190.

Les dispositions provisoires dépendent largement des sanctions qui seront applicables ultérieurement. Quand la sanction est une compensation pécuniaire, une demande en décision provisoire de paiement sera normalement refusée, jusqu'à ce qu'elle puisse, en général, être satisfaite ultérieurement. Ceci prend une signification particulière à la lumière de la proposition initiale de la Commission d'une sanction spécifique en faveur du maintien du statu quo dans la situation d'emploi pour les salariés concernés par une infraction grave telle que prévue à l'article 7 (3) du projet de directive à l'obligation qui s'impose à l'employeur sur l'information et la consultation. Malheureusement la perspective d'une sanction spécifique a été, en fin de compte, supprimée sous la pression des gouvernements de certains États membres quand la directive finale a été adoptée en 2002. Ceci pourrait avoir de lourdes conséquences pour les décisions provisoires, comme le souligne Jonas MALMBERG, parce que « *l'applicabilité des décisions provisoires semble être de la plus grande importance dans le cas de licenciements* ».

(j) les interventions de la Cour de justice européenne sur les procédures d'application judiciaires et les réponses nationales

Les décisions de la Cour de justice européenne ont eu un impact sur l'application du droit du travail au niveau national, à travers les procédures judiciaires. Un exemple en est fourni par trois questions relatives au temps : de combien de temps dispose-t-on pour faire valoir un droit devant un tribunal ? À partir de quand le délai commence-t-il à courir ? Quels sont les possibles effets rétroactifs d'une plainte ?

Par ailleurs, on a noté que « *le manque d'uniformité externe entre les procédures et les recours nationaux est le résultat logique d'une politique communautaire qui n'a jamais été très pointue sur l'harmonisation des procédures* ».

D'un autre côté, une analyse serrée de la jurisprudence de la Cour de justice européenne révèle que « *...dans certains cas, les limites de temps, fixées nationalement, pour porter devant un tribunal la validité d'un licenciement ont été, en quelque sorte, communautarisées par les juges nationaux. En Allemagne et aux Pays-Bas, par exemple, le Bundesarbeitsgericht et le Hoge Raad ont été prêts à étendre les délais existants dans les cas de licenciements ordinaires quand le licenciement contesté est prétendument fondé sur un trans-*

fert d'entreprise, contrairement à ce que le droit communautaire prescrit » (13). Antonio LO FARO caractérise ceci comme une sorte de « *valeur ajoutée procédurale que l'on peut trouver parfois quand le droit communautaire est porté devant une cour nationale* ». En fait, « *dans un élan d'euro-péanisme probablement sans équivalent dans aucun autre État membre, la législation allemande exclut toute limitation à l'application de la législation communautaire sur l'égalité de traitement concernant la rétroactivité de la plainte* ».

(k) les sanctions judiciaires ont une spécificité liée au contexte

Les sanctions judiciaires diffèrent selon le contexte concerné. L'argument donné est que les différents recours sont appropriés à des champs différents. « *Dire qu'une sanction est effective n'est possible que pour un cas donné et dans un champ donné du droit : par exemple un recours pour préjudice économique n'est pas valable en matière de temps de travail, parce qu'il ne se produit pas de préjudice économique pour l'employé. Même là où, comme par exemple en Allemagne, au Pays-Bas ou au Royaume-Uni, une plainte est possible, il ne s'agira que d'une sanction théorique. Dans ces cas, le système juridique peut prévoir d'autres sanctions, comme la nullité de l'accord, la demande en exécution ou des dommages-intérêts punitifs, mais pour le seul fait de l'infraction à la règle (comme en Suède)* ».

(l) les principes tels que « le titulaire d'un droit dispose d'une action en justice » et leurs implications pour les droits collectifs

La situation juridique est la même pour les droits à l'information et à la consultation des représentants des salariés. Les représentants des salariés ne subissent généralement pas de préjudice économique du fait de la violation de ces droits (14). Mais il y a néanmoins des principes à respecter pour déterminer les sanctions spécifiques applicables. Par exemple, le fait que le détenteur d'un droit dispose d'une action en justice correspondante. L'article 47 de la Charte de l'Union européenne des droits fondamentaux prévoit que toute personne dont les droits garantis par les règles communautaires sont enfreints a un droit de recours effectif. Ce principe est particulièrement adapté au débat sur les sanctions applicables pour infraction à la nouvelle directive communautaire sur l'information et la consultation des représentants des travailleurs.

(13) Voir Antonio LO FARO in MALMBERG (ed), *op. cit.*, pp. 190-214.

(14) Michael GOTTHARDT in MALMBERG (ed), *op. cit.*, pp. 223-261.

(m) l'application du droit du travail communautaire dans les nouveaux États membres

La question des voies d'application concerne tout particulièrement les nouveaux États membres. Une étude de cas concernant la Pologne pose la question des voies négociées comme moyen effectif d'application du droit du travail communautaire ; en particulier, les accords collectifs représentent-ils une alternative normative à la législation comme méthode de mise en oeuvre du droit communautaire ? Peuvent-ils être considérés comme une source légale de droit du travail en Pologne ? La conclusion, suivant la jurisprudence de la Cour de justice européenne, est que la voie des accords collectifs peut être utilisée pour la mise en oeuvre effective du droit du travail communautaire à certaines conditions : que leur statut de source de droit soit reconnue constitutionnellement, qu'ils assurent une couverture générale et qu'ils aient une portée équivalente à la directive. Bien que certaines modifications du droit national polonais s'imposent, les accords collectifs, sous réserve d'ajustements mineurs, sont considérés comme pouvant être des outils juridiques importants pour l'introduction du droit communautaire en Pologne (15). S'il en est ainsi, cette conclusion devrait rassurer quant aux possibilités de dialogue social dans ce pays qui est l'un des plus grands des nouveaux États membres. Ceci a d'importantes implications pour l'action de l'administration publique, comme approche alternative et complémentaire dans la perspective de l'effectivité des droits individuels et collectifs.

(n) conclusion : des leçons pour l'effectivité du droit du travail communautaire

Les études comparées démontrent la complémentarité des différentes voies d'application, administratives, négociées et judiciaires. Quoi qu'il en soit, ces différentes voies ont des incidences différentes aux niveaux micro (individuel) ou macro (collectif). Il est possible que leur mise en oeuvre puissent leur bénéficier mutuellement l'une à l'autre.

Par exemple, on peut estimer que, au niveau national, les méthodes collectives (macro) d'application du droit du travail sont plus fortes que les méthodes individuelles (micro), mais que le contraire est vrai au niveau de l'Union européenne. S'il en est ainsi, est-ce que cela offre une perspective positive que la Cour de justice européenne

renforce le niveau individuel des procédures judiciaires nationales d'application du droit du travail ? Inversement, les systèmes de relations professionnelles nationaux contribuent-ils à consolider un système de relations professionnelles européen capable de soutenir l'effectivité du droit communautaire au niveau macro (collectif) (K. AHLBERG, B. BERCUSSON, N. BRUUN, C. VIGNEAU, 1999) (16) ? L'objectif est le renforcement mutuel des systèmes nationaux et communautaire du droit du travail.

Évolution : les leçons du droit du travail communautaire vers les droits nationaux

En près d'un demi-siècle d'existence, la Communauté européenne a appliqué des stratégies juridiques variées pour formaliser et mettre en oeuvre droit du travail et politiques sociales. La dernière décennie a été témoin de changements dramatiques dans les méthodes européennes de régulation du travail. L'approche traditionnelle de mise en oeuvre judiciaire des règles inhérentes à la législation européenne (les directives) est constamment soumise à de nouveaux développements doctrinaux. De plus un nouveau mécanisme conventionnel a émergé : la voie du dialogue social et des accords cadre européens entre partenaires sociaux (Traité de Maastricht, articles 138-139 actuels du Traité CE). Un nouvel instrument administratif est apparu également : la méthode ouverte de coordination, appliquée à la Stratégie Européenne pour l'Emploi (Traité d'Amsterdam : désormais les articles 125-130 du Traité CE).

Ces évolutions ont généré des approches nouvelles pour l'application et la mise en oeuvre du droit du travail. Au niveau communautaire, il est particulièrement intéressant de signaler l'apparition de méthodes hybrides d'application et de mise en oeuvre du droit du travail combinant voies administrative, judiciaire et conventionnelle.

Le contexte de ces changements est ce qu'on appelle la « Stratégie de Lisbonne » (a), mais le Traité de Nice a fourni un cadre juridique pour les changements de politique signalés par la stratégie de Lisbonne (b) qui a pris la forme de l'Agenda 2000-2005 pour la Politique sociale de la Commission (c).

Le résultat en est l'émergence de formes hybrides d'application et de mise en oeuvre du droit du travail communautaire. Le premier hybride

(15) Andrzej-Marian SWIATKOWSKI in MALMBERG (ed), *op. cit.*, pp. 263-290.

(16) Recherche de l'Institut Suédois de la Vie professionnelle, qui contribue à répondre à cette dernière question en examinant le rôle des accords collectifs européens dans le droit du travail communautaire.

combine voies négociée et mécanismes administratifs (dialogue social et méthode ouverte de coordination) (d). Un deuxième hybride cherche un nouvel équilibre entre voies négociée et législatives (dialogue social et législation) (e). Une troisième forme hybride laisse présager de nouveaux développements doctrinaux (voies judiciaires suscitées par le développement du dialogue social, dans un contexte de reconnaissance du déséquilibre des pouvoirs au sein de la relation d'emploi individuelle (f)).

(a) le contexte : la stratégie de Lisbonne

Le Conseil européen de Lisbonne des 23 et 24 mars 2000 a formulé un nouvel objectif stratégique pour l'Union européenne : « *Devenir l'économie de la connaissance la plus compétitive et la plus dynamique du monde, capable d'une croissance économique durable, accompagnée d'une amélioration quantitative et qualitative de l'emploi et d'une plus grande cohésion sociale* » (17). Autant qu'un nouvel objectif stratégique, le Conseil de Lisbonne désigne la Méthode ouverte de coordination comme la principale voie permettant d'atteindre cet objectif.

À l'occasion de l'Agenda 2000-2005 pour la Politique sociale, la Commission confirme la stratégie de Lisbonne (18). Reflétant l'approche retenue par le Conseil de Lisbonne, la Commission déclare : « *Ce nouvel agenda de politique sociale ne cherche pas forcément à harmoniser les différentes politiques sociales. Il veut travailler en vue d'objectifs européens communs et accroître la coordination des politiques sociales dans le contexte du marché intérieur et de la devise unique* ».

(b) les transformations juridiques du Traité de Nice : de l'application judiciaire à la voie administrative

Cette approche basée sur la coordination se retrouve dans les changements apportés au chapitre social du Traité CE, adopté par le Traité de Nice en décembre 2000. L'article 137 (2) du Traité CE a été amendé par le Traité de Nice de deux façons apparemment mineures. La première en ajoutant aux dispositions de l'article 137 (2) qui encouragent la coopération entre les États membres, la formule : « *à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres* ». La seconde : cette formule remplace celle figurant à la fin de l'article 137 (2) CE : « *afin de lutter contre l'exclusion sociale* ». Cette réfère-

rence au combat contre l'exclusion sociale est insérée par le Traité de Nice, dans un nouvel article 137 (1) (j).

Le fait de remplacer dans l'article 137 (2) la formule : « *afin de lutter contre l'exclusion sociale* » par la phrase « *à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres* » a deux conséquences très significatives. La première est que coordination et coopération peuvent désormais s'appliquer à la totalité des politiques sociales listées dans l'article 137 (1) révisé (et non seulement « *afin de lutter contre l'exclusion sociale* »). Deuxièmement, de manière générale en politique sociale comme dans le cas de la politique de l'emploi (Article 129 du Traité CE), la procédure de coopération/coordination exclut « *toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres* ».

Les amendements à l'article 137 apportés par le Traité de Nice entérinent une nouvelle étape dans la politique sociale de l'Union européenne, amorcée par la Stratégie de Lisbonne. La politique sociale européenne n'est pas destinée à être mise en œuvre par l'adoption d'exigences minimales par le moyen de directives (Article 137 (2) (b), précédemment 137 (2)) dans les champs listés par l'article 137 (1).

Plus exactement, des mesures alternatives aux directives sont désignées pour favoriser plutôt la coopération entre États membres sur les différents aspects de la politique sociale, qui n'est plus désormais réduite au combat contre l'exclusion sociale (ex article 137 (2)), mais cette coopération exclut explicitement « *toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des États membres* »).

(c) l'Agenda 2000-2005 pour la Politique sociale : législation, dialogue social et procédures administratives

Le Conseil européen de Nice, en décembre 2000, en adoptant l'Agenda 2000-2005 pour la Politique sociale de la Commission en date du 28 Juin 2000 déclare que « *l'agenda social doit, pour sa mise en oeuvre, recourir sans exclusive à toute la gamme des instruments communautaires existants : la méthode ouverte de coordination, la législation, le dialogue social, les Fonds structurels, les programmes d'appui, l'approche intégrée des politiques, l'analyse et la recherche* » (19). L'Agenda 2000-2005 déclare également que « *pour réaliser ces priorités, une combinaison appropriée de tous les moyens existants sera*

(17) Conclusions de la Présidence de Lisbonne, paragraphe 5.

(18) COM(2000) 379 final, Bruxelles, 28 Juin 2000, Section 1.2, p. 5.

(19) Conseil Européen de Nice, 7-9 Décembre 2000, Annexe 1, paragraphe 28.

recherchée ». Bien qu'une variété de moyens soit énumérée, la portée allouée à chacun est significative.

La première est la méthode ouverte de coordination (MOC) inspirée par la procédure pour l'emploi de Luxembourg et développée par les conseils de Lisbonne et de Feira. Il n'y a pas d'indication de limites à l'ampleur des sujets relevant de l'application de cette méthode.

Par contraste, le second moyen listé était « *la législation : des standards devraient être développés et adaptés là où c'est approprié pour assurer le respect des droits sociaux fondamentaux et pour répondre aux nouveaux défis : de tels standards peuvent aussi résulter d'accords entre partenaires sociaux passés au niveau européen* ». La portée de la législation sollicitée pour achever le modèle social européen est ici limitée aux droits sociaux fondamentaux et aux nouveaux enjeux.

Troisièmement, « *le dialogue social comme la voie la plus efficace pour moderniser les relations contractuelles, adapter l'organisation du travail et développer un équilibre adéquate entre flexibilité et sécurité* ». Le rôle du dialogue social est limité de façon encore plus significative aux relations de travail au sein des entreprises.

La portée illimitée de la méthode ouverte de coordination comme instrument de réalisation de la stratégie de Lisbonne est en opposition manifeste avec la portée restreinte de la législation et du dialogue social. L'accent est mis sur la méthode ouverte de coordination comme instrument pour la Stratégie de Lisbonne. La Stratégie de Lisbonne et l'Agenda 2000-2005 pour la Politique sociale peuvent échouer ou réussir selon l'efficacité de l'instrument choisi.

(d) 1^{er} hybride : fusion des mécanismes conventionnels et administratifs (dialogue social et méthode ouverte de coordination)

Dans la communication de juin 2002 sur le rôle du dialogue social dans le droit du travail européen, intitulée « *Le dialogue social européen, une force pour l'innovation et le changement* » (20), la Commission notait, sous le titre « *Améliorer le suivi et la mise en œuvre* » que :

• « *Les partenaires sociaux européens ont adopté à de très nombreuses reprises des avis*

communs, des déclarations ou des recommandations. On compte plus de 237 textes conjoints sectoriels de cette nature et quelque 40 textes interprofessionnels... Cependant, dans la majorité des cas, ces textes n'ont comporté aucune disposition assurant leur mise en œuvre et leur suivi, car il répondaient à des préoccupations de court terme. Ils restent peu connus et faiblement diffusés au plan national. Leur efficacité peut donc être souvent mise en doute ».

Sur la question de ce défaut d'efficacité, la Commission notait que (21) :

• « *La question des modalités de la mise en œuvre des textes adoptés par les partenaires sociaux au plan européen appelle une attention particulière. Sur la base des recommandations du groupe de haut niveau sur " les relations industrielles face au changement ", l'utilisation de mécanismes inspirés de la méthode ouverte de coordination constitue une voie extrêmement prometteuse.*

Les partenaires sociaux pourraient ainsi mettre en œuvre certains de leurs accords – de nature non réglementaire – en identifiant des objectifs ou des lignes directrices au plan européen, en s'appuyant sur des rapports périodiques nationaux de mise en œuvre et en procédant à une évaluation régulière et systématique des progrès réalisés ».

À cette fin, la Commission recommande :

• « *les partenaires sociaux sont invités à :*

- *adapter à leurs relations, la méthode ouverte de coordination dans tous les domaines appropriés,*

- *élaborer des rapports de suivi de la mise en œuvre au niveau national de ces cadres d'action,*

- *mettre en place des mécanismes de " peer review " adaptés au dialogue social* ».

La signification de cette recommandation est éclairée par le Programme de travail des Partenaires sociaux européens 2003-2005. Par exemple, sur les 12 items du Programme, dans la rubrique Emploi, seuls trois font référence à des « accords », tandis que neuf relèvent apparemment des recommandations de la Commission en faveur de l'application de la méthode ouverte de coordination (22).

(20) COM(2002) 341 final, 26 Juin 2002, Section 2.4.1, p. 18.

(21) *Ibid*, Section 2.4.1, p. 19.

(22) Les trois items apparaissent seulement dans les propositions pour « un séminaire en vue de la négociation d'un accord volontaire » sur le stress au travail (2003) et « un séminaire pour explorer la possibilité de négocier un accord volontaire » sur le harcèlement (2004-2005). Un item supplémentaire fait référence à un accord cadre sur le télétravail signé le 16 juillet 2002.

Étant donné la nature du Programme de travail des Partenaires sociaux, donc, la Commission s'interroge sur l'inefficacité en matière de mise en œuvre et de suivi de textes autres que les accords. Sa solution est, d'abord, d'identifier précisément les domaines où « des accords réglementaires » sont l'instrument requis. Ensuite, là où d'autres instruments sont proposés (cadres d'action, déclarations, orientations, opinions conjointes) la méthode ouverte de coordination peut être adaptée comme étant appropriée ; en particulier « les rapports de suivi sur la mise en œuvre » et « les mécanismes de peer review adapté au dialogue social » : une forme hybride nouvelle pour la mise en œuvre et l'application.

Il reste à voir si la MOC, jusqu'à présent critiquée quant à son efficacité quand elle est utilisée par les administrations des États membres dans le domaine des politiques de l'emploi, est appropriée pour le Programme de travail des Partenaires sociaux sur l'emploi. Si les opinions conjointes et autres instruments non réglementaires continuent à être inefficaces, leur échec peut supposer d'autres étapes plus rigoureuses en vue de l'effectivité, comportant des accords réglementaires et/ou des actes législatifs.

(e) 2^{ème} hybride : un nouvel équilibre entre voies négociées et mécanismes législatifs (dialogue social et législation)

Un Accord Interinstitutionnel « Mieux légiférer » conclu entre le Parlement européen, le Conseil et la Commission évoque la procédure législative européenne normale et les « méthodes alternatives de régulation » (23). Les passages de l'Accord traitant de la procédure législative normale ignore le rôle qui revient aux partenaires sociaux dans les procédures législatives européennes en matière de politique sociale, tel que prévu aux articles 138-139 du Traité. Il est par contre fait référence à leur rôle spécifique dans la partie concernant « l'usage de méthodes de régulation alternatives » (paragraphe 16-23), qui traite en général de co-régulation ou d' « autorégulation ». Partenaires sociaux, dialogue social et accords collectifs sont soumis à des conditions venant en contradiction avec les articles 138-139 EC.

Par exemple, la procédure législative normale au niveau communautaire telle que présentée dans l'Accord Interinstitutionnel prévoit des consultations « pré-législatives » entre les trois institutions ; pourtant l'article 138 du Traité prescrit que « à cet effet, la Commission, avant de présenter des propositions dans le domaine de la politique sociale, consulte les partenaires sociaux sur l'orientation possible d'une action communautaire ».

La proposition de révision de la Directive sur le temps de travail est une illustration du fonctionnement de cette nouvelle procédure. Dans sa Communication, la Commission déclare que le but en est la consultation du Parlement européen et du Conseil, mais également du conseil ECOSOC, du Comité des Régions et des partenaires sociaux sur une possible révision du texte ; elle continue : « ...cette communication doit être considérée comme la première phase de consultation, au terme de l'article 138 (2) du Traité. Il va de soi que la Commission consultera ultérieurement les partenaires sociaux sur le contenu de toute proposition envisagée, article 138 (3) (24) ». Pourtant, la préparation de cette communication était connue depuis longtemps. Procéder à la consultation des partenaires sociaux seulement après avoir consulté les autres n'est pas conforme à l'Article 138. Une consultation conforme à l'article 138 laisse aux partenaires sociaux le droit de s'engager volontairement dans le dialogue social. Pourtant, il n'y a aucune mention de cette possibilité dans la Communication. La Commission réduit l'engagement des partenaires sociaux et la place du dialogue social au niveau d'une consultation publique générale sur les initiatives de la Commission, en contravention avec le Traité.

En ce qui concerne la « co-régulation », l'Accord Interinstitutionnel propose que des amendements puissent rouvrir le dialogue social à propos d'accords collectifs conclus après des négociations étendues ; des accords collectifs peuvent être subordonnés à des « objectifs fixés par l'autorité législative » ; des accords collectifs peuvent courir le risque que la Commission les rejette et leur substitue un acte législatif (25).

(23) L'Accord interinstitutionnel a été signé et ratifié par le Conseil, la Commission et le Parlement européen le 16 décembre 2003. Il a été publié au Journal Officiel, OJ n° C 321/2003 du 31 décembre 2003. Noter également le Rapport de la Commission « Mieux légiférer 2003 », conformément à l'article 9 du Protocole n° 30 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité du Traité CE (11th Rapport), COM(2003)770, Bruxelles, 12 Décembre 2003.

(24) Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social européen, au Comité des Régions, et aux partenaires sociaux au niveau communautaire concernant le re-examen de la Directive 93/104/EC sur certains aspects de l'aménagement du temps de travail, COM (2003) 843 final, Bruxelles, 30 Décembre 2003, page 4.

(25) Paragraphe 20 : « ...l'acte législatif de base peut, notamment à la demande du Parlement européen ou du Conseil, au cas par cas et en fonction du sujet, prévoir un délai de deux mois après la notification qu'il leur sera faite d'un projet d'accord. Au cours de ce délais, chacune des institutions pourra, soit suggérer des modifications s'il est estimé que le projet d'accord ne répond pas aux objectifs définis par l'autorité législative, soit s'opposer à l'entrée en vigueur de celui-ci, et éventuellement, demander à la Commission de présenter une proposition d'acte législatif ».

Aujourd'hui, tels qu'ils sont compris et appliqués, les Articles 138-139 EC ne donnent pas au Parlement européen le pouvoir formel de suggérer des amendements à un accord collectif ni de s'opposer à son entrée en vigueur ; la Commission : (a) n'a pas le pouvoir de ne pas le proposer pour décision au Conseil une fois qu'il y a eu « une demande conjointe des parties signataires » ; (b) ne peut pas décider de présenter une « proposition comme acte législatif alternatif » ; (c) ni faire de même aux motifs qu'il ne répond pas aux objectifs émis par l'autorité législative » ; enfin, le Conseil n'a pas le pouvoir d'amender un accord soumis par la Commission. Il peut seulement décider de l'adopter ou de le rejeter.

L'Accord fait peser une sérieuse menace sur l'autonomie et l'effectivité du dialogue social européen. Il tend à « mieux légiférer » – sans les partenaires sociaux, en contradiction avec les Articles 138-139 du Traité. La question stratégique de fond est le rôle des partenaires sociaux européens et du dialogue social européen dans l'ordre constitutionnel et juridique de l'Union européenne. S'agit-il d'un rôle de régulation autonome de l'emploi et des relations professionnelles par des partenaires sociaux reconnus constitutionnellement ? Ou de la place de partenaires sociaux confinés dans un sous-système de relations professionnelles, subordonné au marché intérieur, lui-même régulé par les institutions européennes ?

(f) 3^{ème} hybride : les nouveaux développements doctrinaux de la Cour de justice européenne motivés par la reconnaissance du déséquilibre des pouvoirs dans la relation d'emploi individuel

Si les voies législatives, administratives et négociées échouent à garantir l'effectivité et la mise en œuvre efficace des normes de travail dans l'Union européenne, la Cour de justice européenne (CJE) peut développer des points de doctrine garantissant l'effectivité du droit communautaire (effet utile). L'indication d'un intérêt particulier pour l'application du droit du travail se trouve dans la jurisprudence récente *Bernhard Pfeiffer et al. c. Deutsches Rotes Kreuz Kreisverband Waldshut eV* (26).

Ce cas rentre dans le cadre de la législation allemande (*Arbeitszeitgesetz*) sur l'application de la Directive 93/104/CE sur le temps de travail. L'Article 3 spécifie qu'une journée de travail de huit heures peut être prolongée jusqu'à dix heures pourvu que la moyenne de huit heures de travail

par jour soit maintenue. L'Article 7.1.1 autorise l'allongement de la journée de travail, par une dérogation à l'Article 3 adoptée par accord collectif, au-delà de dix heures. Un accord collectif avec la Croix-Rouge allemande contient des dispositions en faveur d'une telle prolongation, de façon à permettre une semaine de travail de plus de 48 heures (article 14.2 de l'Accord). Parmi les questions adressées à la Cour de justice européenne au titre de l'article 234 figurait celle de savoir si l'Article 6 de la Directive dispose d'un effet direct autorisant un individu à porter plainte devant un tribunal national en cas d'application incorrecte de la Directive par un État membre.

L'opinion de l'Avocate Générale M.D. RUIZ-JARABO COLOMER en date du 6 mai 2003 conclut que l'Article 6.2 (48 heures maximum) de la Directive était suffisamment clair, précis et inconditionnel pour avoir un effet direct. Toutefois, l'Avocate Générale admet que la CJE a refusé d'autoriser un individu à s'appuyer sur l'effet direct des directives pour porter plainte devant des tribunaux nationaux contre d'autres individus privés. Les directives n'ont pas ce qu'on peut appeler d'effet direct « horizontal » (paragraphes 56-57).

L'Avocate Générale se réfère alors à la doctrine de la CJE relative à l'effet « indirect » des directives, qui suppose qu'un tribunal national interprète le droit national conformément aux objectifs de la directive (paragraphe 58) (27). Il s'en suit d'après elle que l'Article 6.2 de la Directive 93/104 prime sur l'Article 7.1.1. de l'*Arbeitszeitgesetz* autorisant la prolongation par accord collectif de la journée de travail au-delà de 10 heures, et que l'interprétation de l'Article 14 de l'accord collectif doit être que les travailleurs concernés ne sont pas sollicités à travailler plus de 48 heures en moyenne (paragraphe 59).

On voit émerger une nouvelle doctrine *Pfeiffer* « de l'effet indirect privé ». Les cours nationales de justice doivent interpréter les dispositions de droit privé de manière cohérente avec les dispositions d'effet direct de la Directive, quand ces dispositions de droit privé sont basées sur une loi nationale non cohérente avec les dispositions d'une directive. Les contrats d'emploi individuel sont les dispositions de droit privé les plus importantes dans le droit du travail. La doctrine *Pfeiffer* semble dire que les contrats de travail, basés sur le droit national, doivent être interprétés en cohérence avec les dispositions d'effet direct des directives.

L'Avocate Générale a présenté son opinion le 6 mai 2003. De façon inhabituelle, la Cour a donné

(26) Cas joints C-397/01 to C-403/01. Opinion de l'Avocate Générale M.D. RUIZ-JARABO COLOMER, 6 Mai 2003, 2^{ème} opinion, 27 avril 2004.

(27) *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, Case 14/83, [1984] ECR 1891. *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Case C-106/89, [1990] ECR I-4135.

un Ordre le 13 janvier 2004 d'ouvrir à nouveau la procédure en transférant le dossier de la 6^{ème} Chambre à la Cour, et en ordonnant une audition orale des arguments le 9 mars 2004.

L'Ordre de la CJE en date du 13 janvier 2003 donne des indications sur la cause de cette étape procédurale inhabituelle. En particulier, le paragraphe 9 insiste sur la finalité de la Directive 93/104 : protéger le travailleur comme étant la partie faible du contrat d'emploi, et ajoute qu'une protection effective (effet utile) doit être assurée à la fois par l'Union européenne et par les tribunaux nationaux. Ce pourrait être l'indication que « l'effet direct horizontal » devrait s'appliquer quand les dispositions d'effet direct visent à protéger la partie faible de la relation d'emploi. Ceci serait une doctrine spécifique au droit du travail communautaire de « l'effet utile ». Des directives permettant la protection des travailleurs peuvent être invoquées devant des tribunaux nationaux pour annuler des contrats d'emploi qui ne leur seraient pas conformes. Il s'agit d'une exception à la règle générale excluant l'effet direct horizontal.

Au paragraphe 10, la CJE souligne que les plaintes basées sur la Directive 93/104 concernent la limitation de la journée de travail et non des compensations financières, rendant difficile le dépôt d'une requête contre un État membre pour un tort causé par une violation du droit communautaire. L'affaire *Francovich* (28) autorise seulement une compensation financière contre l'État (29).

Une autre solution pourrait être d'obliger la loi nationale à annuler les contrats de travail non conformes aux dispositions des directives communautaires ayant un effet direct.

*
* *

Les sables mouvants du droit du travail européen ont produit de nouvelles constructions. La combinaison d'accords émanant d'un dialogue social autonome avec une application de la méthode ouverte de coordination peut se révéler n'être qu'un château de sable construit par la Commission et destiné à disparaître à terme. La chute de l'importance du dialogue social dans les procédures législatives européennes reposant sur les Articles 138-139 est manifeste dans l'Accord interinstitutionnel et la procédure de révision de la Directive sur le temps de travail en est un exemple. Mais le Traité prévoit une contrainte sur les actes des institutions qui contreviennent aux exigences procédurales essentielles (Article 230). Le déclin des voies négociées et le manque d'efficacité des mécanismes administratifs peuvent être contrebalancés par de nouvelles doctrines issues des procédures judiciaires, brouillant les frontières entre la création et l'interprétation de la loi. L'histoire du droit du travail européen annonce seulement qu'il y aura une évolution. Il est plus difficile de prédire quelle direction elle prendra...

(28) *Francovich and Bonfazi v. Italy*, Cases C-6/90 and C-9/90, [1991] ECR I-5357.

(29) *Factortame* autorisait d'autres sanctions (provisoires). *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and Others*, Case C-213/89, (1990) ECR I-2433.

On en a parlé dans la revue...

« Travail et emploi » et l'application du droit du travail

Brian BERCUSSON examinait dès le numéro 33 (1987) (1), les implications des changements intervenus dans les relations professionnelles britanniques sur le droit des relations de travail individuelles et sur le droit de la négociation collective. La flexibilité externe et interne du marché du travail, l'incapacité du pouvoir législatif et le refus de la justice d'établir un ensemble de règles claires sur les changements concernant les modifications du contrat de travail, sont perçus comme entravant les négociations collectives et incitent les travailleurs à se tourner de plus en plus vers les tribunaux et ainsi à individualiser les conflits. Le droit de la négociation collective quant à lui met de plus en plus l'accent sur les relations à l'intérieur des associations de travailleurs et d'employeurs.

Dans le n°47, Alain SUPLOT (1991) (2) restituait quelques uns des enseignements qu'il tirait des Rencontres annuelles sur « Les relations sociales en Europe » organisées en 1990 par la DGV et le ministère du travail. « *Posant les jalons d'une problématique de l'application du droit du travail en Europe* », il notait qu'aucune définition de l'application en droit du travail ne résiste à l'examen comparé des différentes pratiques nationales. La distinction entre application et création du droit se révélait rapidement fragile à l'examen des pratiques d'autres pays de la Communauté, le problème de l'application du droit du travail ne pouvant pas être isolé de chaque contexte sociologique et traité comme problème de technique juridique. Il fallait donc renverser la perspective et remplacer la démarche qui consiste à partir du concept d'application par une démarche analytique des difficultés posées par l'application du travail. On constatait alors des convergences concrètes : chaque système national secrète des organes, des procédures et des sanctions spécifiques à l'application du droit du travail, est ébranlé par les mêmes changements et cependant caractérisé par la même pérennité. C'est à partir de ces convergences qu'apparaissent quelques solutions européennes.

Christian DUFOUR et Udo REHFELDT (1991) (3) se demandent s'il existe « un modèle européen de représentation des salariés dans l'entreprise et s'il y a convergence des modèles nationaux de représentation ». Ils parlent d'une « introuvable harmonisation européenne ». Les initiatives de la Commission des Communautés européennes pour construire un « espace social européen », voire un système européen des relations professionnelles, ont échoué devant les réticences de certains partenaires sociaux. Les auteurs développent la thèse selon laquelle le rapprochement formel des instruments, des droits et des structures de représentation des salariés en Europe est un moyen insuffisant pour aboutir à une véritable harmonisation.

Dans le même numéro, Janine Goetschy fait un premier bilan du « Dialogue social européen de Val Duchesse » (1991) (4). Des acteurs en cours de structuration, un processus de conciliation complexe débouchant sur des avis très généraux et sans force légale caractérisent le Dialogue Social Européen et Val Duchesse, « instance où les partenaires sociaux européens ont amorcé un travail de codification de type contractuel aboutissant à des « avis communs » n'échappe pas à cette règle. Elle montre cependant que certaines de ces faiblesses constituent paradoxalement des conditions de survie, voir même des forces pour le Dialogue Social européen.

M. L.

(1) BERCUSSON B., n°33, septembre 1987, « Les relations professionnelles en transition et le droit du travail, réflexions à partir de l'exemple anglais ».

(2) SUPLOT A., n°47 1/1991, « L'application du droit du travail en Europe ».

(3) DUFOUR C., REHFELDT U., n° 47 1/1991, « Existe-t-il un modèle européen de représentations des salariés dans l'entreprise ? ».

(4) GOETSCHY J., n° 47, 1/1991, « Le dialogue social européen de Val Duchesse : un premier bilan.

Bibliographie

AHLBERG K., BERCUSSON B., BRUUN N., VIGNEAU C. (1999), *Fixed-term Work in the EU: A European agreement against discrimination and abuse*, National Institute for Working Life, Stockholm.

BERCUSSON B. (1996), « *European Labour Law* », Sweet & Maxwell, London, Part III, chapters 7-11.

BERCUSSON B. (2002), « The European Social Model Comes to Britain », 31 *Industrial Law Journal*, September, pp. 209-244.

Council Directive (2002/14), *Establishing a framework for informing and consulting employees in the European Community*, OJ 2002, L80/29.

Council Directive (2000/78), *Establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*, OJ 2000, L303/16.

Council Directive (76/207/EEC of 9 February 1976), *On the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions*, OJ 1976, No. L39/40, as revised by Council Directive 2002/73/EC, OJ 2002 No. L269/15.

KILPATRICK C. (2003), « Has New Labour Reconfigured Employment Legislation ? », 32 *Industrial Law Journal* 135 at p. 141.

MALMBERG J. (2003), (ed.), *Effective Enforcement of EC Labour Law*, Iustus Forlag, Uppsala.

SCIARRA S. (2001), (ed.), *Labour Law in the Courts : National Judges and the European Court of Justice*, Hart.

SUPLOT A. (1991), « L'application du droit du travail en Europe », *Travail et Emploi* n° 47.

Annex

Application of labour law : interactions between national labour laws and EU labour law

Brian Bercusson (*)

I. Interaction: Lessons from national labour laws for EU labour law

- A. *The value of comparative method to the study of enforcement of labour law*
- B. *Effective enforcement and formal remedies in EU labour law*
- C. *The « principle of effective enforcement » of EU labour law*
- D. *Industrial relations processes in relation to administrative or judicial enforcement*
- E. *Overlaps : locus standi of collective actors in administrative and judicial processes*
- F. *Enforcement of fundamental labour law rights: the EU Charter*
- G. *The role of administrative intervention in enforcement of EU labour law*
- H. *Administrative intervention depends on the context of the rights enforced*
- I. *The neglected but essential role of interim remedies*
- J. *European Court interventions in national judicial enforcement procedures and national judicial responses*
- K. *Judicial remedies are context-specific*
- L. *Principles : the holder of a right is entitled to a remedy and the implications for collective rights*
- M. *Enforcing EC labour law in new Member States*
- N. *Conclusion : lessons for the effective enforcement of EC labour law*

Evolution: Lessons from EU labour law for national labour laws

- A. *The context : the Lisbon Strategy*
- B. *The legal changes of the Treaty of Nice : from judicial enforcement to administrative process*
- C. *The Social Policy Agenda 2000-2005: legislation, social dialogue and administrative processes*
- D. *Hybrid 1 : merging industrial relations and administrative mechanisms (social dialogue and the OMC)*
- E. *Hybrid 2 : A new balance between industrial relations and legislative mechanisms (social dialogue and legislation) in the implementation and enforcement of EU labour law*
- Hybrid 3 : New doctrinal developments by the ECJ stimulated by the recognised imbalance of power in the individual employment relationship*
- Conclusion*

*

* *

In an earlier account of application of labour law in national jurisdictions, the analytical framework identified three principal mechanisms of application in the national context: through the administration, through the courts and through the social partners (administrative, judicial and industrial relations enforcement) (SUPIOT, 1991). A similar framework has been applied to enforcement of EU labour law, and questions of the effectiveness of different mechanisms arise also in the enforcement of EU labour law (BERCUSSON, 1996).

Two issues make this of contemporary significance. First, the increasing prominence of EU labour law in national systems raises complex issues of the *interaction* of national enforcement mechanisms and enforcement of EU labour laws in the EU Member States (I) (1). Secondly, the boundaries between different sources and methods of enforcement of EU labour law are becoming increasingly fluid, with implications for the *evolution* of national systems of enforcement (II). Both these trends have important implications for enforcement of national labour laws.

I. Interaction: Lessons from national labour laws for EU labour law

Effective enforcement of labour law is an area where studies of both EU labour law and comparative labour law can make significant and complementary contributions (2). A research project undertaken by scholars from different countries offers a series of rich and stimulating insights (MALMBERG, 2003) (3).

(*) School of Law, King's College, University of London, Strand, London WC2R 2LS, United Kingdom.

(1) For example, one UK source estimates that 40 % of UK employment law derives from EU requirements, Better Regulation Taskforce, *Employment Regulation: Striking a Balance*, May 2002 (KILPATRICK, 2003)

(2) EC labour law: « has specific qualities of enforceability which distinguish it from domestic labour laws... Comparative analysis of national system of labour law reveals differences between the enforcement mechanisms used in labour laws of different countries. The enforcement of EU law will have its own characteristics, but it will bear the imprint of the national system in which it operates ». B. BERCUSSON, *op. cit.*, at p. 97.

(3) See the Foreword by B. BERCUSSON, pp. 17-25, from which much of the following section I is derived.

These insights include the value of comparative method to the study of enforcement of labour law (A), the distinction between effective enforcement and formal remedies in EU labour law (B), the formulation of a « principle of effective enforcement » of EU labour law (C), the relation of industrial relations processes to administrative or judicial enforcement (D), and overlaps between them, such as locus standi of collective actors in administrative and judicial processes (E), the specific enforcement of fundamental labour law rights (F), the role of administrative intervention in enforcement of EU labour law (G), and whether administrative intervention depends on the context of the rights enforced (H), the neglected but essential role of interim remedies (I), interventions by the ECJ into national judicial enforcement procedures and national judicial responses (J), whether judicial remedies are context-specific (K), principles, such as that the holder of a right is entitled to a remedy and the implications for collective rights (L), enforcing EU labour law in new Member States (M) and, in conclusion, lessons for the effective enforcement of EU labour law (N).

A. The value of comparative method to the study of enforcement of labour law

The specific value of using the methodology of comparative law to investigate enforcement of EU law arises because the evolution of EU principles of effective enforcement depends on different Member State rules and practices. Broadly speaking, EU law determines substantive rules, but domestic law determines remedies and procedures. The account of the differing strategies in various EU Member States to enforce the same EU regulations on working time, sex equality and restructuring of enterprises justifies the conclusion of the book's editor, Jonas MALMBERG, that « For analysis of the enforcement of EC labour law, the national level must be put into the picture. The traditional strategies of national actors for the making and enforcement of labour law can be used as a starting-point to set up a frame of reference for such analysis ».

B. Effective enforcement and formal remedies in EU labour law

However, the study of EU labour law through the comparative method must be complemented by analysis of EU law materials. For example, there is an important distinction between the full effectiveness of rights deriving from EU law and the formal remedies for breach of EU law. The latter are much narrower and, despite the undoubted overlap, the distinction is important.

C. The principle of “effective enforcement” of EU labour law

Through analysis of the case law of the ECJ there can be elucidated subtle and important qualities distinguishing the enforcement of EU labour law. The outcome of the cumulation of three principles: equivalence, effectiveness and proportionality is the emergence of « the principle of effective enforcement » (4). This principle can be applied to cover not only judicial, but also administrative and industrial relations processes of enforcement of EU labour law. This formulation of principle and, in particular, the extension of its application beyond the traditional judicial (SCIARRA, ed. 2001) to administrative and industrial relations processes of enforcement of EU labour law holds lessons for other areas of EU law.

D. Industrial relations processes in relation to administrative or judicial enforcement

For example, the incorporation of rules of EU labour law into collective agreements implies the commitment of the negotiating parties to enforcement, and may both promote compliance and lessen the need for administrative or judicial enforcement (5). The obvious fact, sometimes overlooked by lawyers, is that when a worker or a workers' representative is confronted with an employer's violation of his or her rights, the first step is not to go to court but to seek to resolve the conflict through discussion. Judicial processes are thus preceded by negotiations engaged in the similar exercise of assessing facts and interpreting rules, including formal legal rules. Collective bargaining, including information and consultation, is an integral process of enforcement of rules in conflicts also over EU labour law.

E. Overlaps: locus standi of collective actors in administrative and judicial processes

Hence, for EU labour lawyers, the rules on industrial relations processes may be of equal significance to the question of the requirements which Member States must meet with respect to access to a court and locus standi in order correctly to implement EU labour law directives. The complementary areas of enforcement overlap in the major problem of the *locus standi* of workers' representatives in labour law litigation, and the issue of securing the interests of the individual worker where they diverge from those of the collective representative. The use of collective actors in judicial enforcement procedures of EU labour law is underdeveloped compared with its relatively widespread use in the Member States, at least until recent EU initiatives attributing *locus standi* to interest groups, as in Article 9(2) of the Framework Employment Equality Directive (6) and Article 6(3) in the amended Equal Treatment Directive (7).

F. Enforcement of fundamental labour law rights: the EU Charter

The incorporation into the draft EU Constitution of the EU Charter of Fundamental Rights, including many labour law rights and principles, means that questions of the enforcement, and not only the justiciability, of rights and principles of labour law will become

(4) In his contribution to the Introduction, pp. 43-58, Barry FITZPATRICK provides a closely argued analysis of the ebb and flow of the ECJ's doctrine on effective judicial protection based on principles of equivalence, effectiveness and proportionality.

(5) In a chapter on industrial relations processes Taco VAN PIEJPE investigates the extent to which the combination of EC labour law and the respective systems of national labour law contribute to the use of negotiations as a means of enforcement in the respective fields of restructuring, working time and equal treatment; MALMBERG (ed), *op. cit.*, pp. 77-108.

(6) Council Directive 2000/78 establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation. OJ 2000, L303/16.

(7) Council Directive 76/207/EEC of 9 February 1976 on the implementation of the principle treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions, OJ 1976, n° L39/40, as revised by Council Directive 2002/73/EC, OJ 2002, n° L 269/15.

a focus of attention. Alternatives to judicial processes of effective enforcement of the social and labour rights in the EU Charter may become a central element in this debate. Jonas MALMBERG points out that it « might it be argued that the more fundamental the Community right which is infringed, the more intrusive should be the remedial structure ». He contrasts « ordinary » labour rights, with « fundamental social rights » : equality, health and safety and even information and consultation of workers, and asks « Should it be a factor in Community law enforcement that the level of scrutiny of national remedies, and wider judicial process, should be stricter where fundamental social rights are at issue? ».

This argument is particularly timely in the aftermath of the struggle over the issue of sanctions in the recent Directive (8) on information and consultation at national level. The incorporation in the final directive of the traditional formula regarding judicial sanctions was a retreat from the Commission's approach in its initial draft proposal seeking more targeted remedies for specific and serious breaches (9). However, as Article 27 of the EU Charter makes workers' right to information and consultation a fundamental right, the question of what sanctions are required for its effective enforcement, once integrated into the EU Constitution, may now perhaps be revived.

G. The role of administrative intervention in enforcement of EU labour law

As regards administrative processes of enforcement, it is argued that, historically, these were established in national labour laws because workers were unable in practice to enforce their rights through judicial processes (10). There is an apparent paradox that EU labour law has failed to recognise this feature of labour law and failed to develop specific instruments of administrative enforcement (11). It is not so much that the pendulum has to switch to the other direction, for administrative processes may not be sufficient for effective enforcement of the directives concerned. Rather, it is that effective enforcement of the directives may require some administrative intervention to reinforce individual or collective action.

H. Administrative intervention depends on the context of the rights enforced

Most importantly, Sylvaine LAULOM demonstrates that the nature of administrative intervention is dependent on the area concerned, looking at the three areas of working time, equal treatment at work and restructuring of the enterprise: « The administrative processes and the industrial relations processes or judicial processes are strongly interrelated in all the three fields of labour law under study and in all the Member States investigated. But these interrelations are slightly different in the three areas. The task of administrative authorities in the field of working time has a traditional foundation due to the established link between working time and health and safety. Nevertheless, the rising importance of collective bargaining in the regulation of working time can imply some modifications to the functions of administrative bodies... [C]oncerning equality, the Member States, where a labour inspectorate has specialized powers, have provided for independent authorities to ensure observance of equality principles. This shows the need for some form of control auxiliary to the collective and judicial enforcement of equality rights ».

I. The neglected but essential role of interim remedies

An example of exceptional practical significance, though often ignored in labour law, concerns the issue of interim decision-making powers in questions of enforcement of EU labour law. This is a particularly Swedish concern, manifested in the Co-Determination Act of 1976 (12).

Jonas MALMBERG points out that though labour disputes may be resolved through legal proceedings, these normally take considerable time and, given the practical continuity of employment relationships: « it is of great importance to establish which of the parties' interpretation of their duties applies until the dispute is finally solved ». In particular: « The first question is to what extent one of the parties has the power to enforce his interpretation without awaiting a decision of a court », or in the Swedish terminology, which party has the « priority of interpretation ». There are also other related questions, such as which of the parties has the consequent burden of bringing the dispute to court to enforce his or her interpretation, and, subsequently, in what circumstances may the court make an interim decision. Comparative analysis provides a number of important indicators. For example, « the rules on priority of interpretation and burden of litigation differ largely depending on whom the enforcing party is... an administrative authority... the workers' representatives... or individual employees... there are examples where the workers' representatives are given a priority of interpretation, with the rules in the Swedish Co-Determination Act as the most striking example ».

Interim measures largely depend on the ultimate sanctions available. Where the sanction is pecuniary compensation, a claim for an interim decision on payment will normally be turned down, since such a claim can usually be subsequently satisfied. The significance of this is particularly poignant in light of the Commission's initial proposal for a specific penalty, that of retaining the *status quo* of employment for employees affected, for serious breach of an employer's duty in Article 7(3) of the proposed draft directive on information and consultation. Sadly, this provision for a special sanction was eventually deleted following pressure from certain Member State governments when the final Directive was adopted in 2002. The consequences for interim remedies may be significant, for as Jonas MALMBERG points out, « The availability of interim measures seems to be most important in dismissal cases... ».

(8) Council Directive n° 2002/14 establishing a framework for informing and consulting employees in the European Community. OJ 2002, L80/29.

(9) For a detailed account, see B. BERCUSSON (2002 september), pp. 209-244.

(10) Sylvaine LAULOM, in MALMBERG (ed), *op. cit.*, pp. 109-135.

(11) LAULOM points to some indicators in the form of requirements of administrative intervention in EC laws on collective redundancies (informing public authorities) and the new Race Directive (designation of special bodies to promote equal treatment).

(12) See Jonas MALMBERG in MALMBERG (ed), *op. cit.*, pp. 159-190.

J. European Court interventions in national judicial enforcement procedures and national judicial responses

Decisions of the ECJ have had an impact on national enforcement of labour law through judicial processes. An example is provided by three time-related questions: (i) how much time is allowed to claim a right before a court; (ii) when does time begin to run; and (iii) what are the possible retroactive effects of a claim. On the one hand, it has been noted that « the lack of external uniformity among national procedures and remedies is an understandable result of a Community policy that has never been keen on procedural harmonisation »; on the other hand, a close analysis of the ECJ's case law reveals that « ...in some cases national time limits to challenge before a court the validity of a dismissal have somehow been 'communitarised' by national judges. In Germany and the Netherlands, for example, the *Bundesarbeitsgericht* and the *Hoge Raad* have been ready to extend the time limits laid down in ordinary dismissal cases, when the contested dismissal is allegedly grounded on a transfer of undertaking, contrary to what Community law prescribes » (13). Antonio LO FARO characterises this as a sort of « procedural added value' which can sometimes be found when a Community right is claimed before a national court ». Indeed, "In a burst of Europeanism probably unparalleled in any other Member State, the German legislation excludes whatsoever limitations on the retroactivity of claims brought for the application of Community legislation on equal treatment".

K. Judicial remedies are context-specific

Judicial remedies are context-specific, and it is argued that different remedies are appropriate in different fields: « Whether a sanction is effective can only be assessed for a concrete right in a field of law. For example, a damages claim for economic loss usually has no value in the field of working time, because economic loss for the employee tends not to occur. Even though, for example, in Germany, the Netherlands and the UK such a claim is possible, this is only a theoretical sanction. In such cases, the legal system may provide for other sanctions, such as nullity of agreement, claims for performance, or even punitive damages solely for infringement of the norm (as in Sweden) ».

L. Principles: the holder of a right is entitled to a remedy and the implications for collective rights

The legal situation is the same concerning the right to information and consultation of employees' representatives. The representatives do not usually suffer an economic loss due to violation of these rights (14). But there are nonetheless principles to be respected in determining the specific sanctions available. For example, that the holder of a right is entitled to the corresponding judicial remedy. Article 47 of the EU Charter of Fundamental Rights provides that everyone whose rights are guaranteed by the law of the Union, and then infringed, has the right to an effective remedy. This principle is particularly germane to the debate over the sanctions available for breach of the new EU directive 2002/14 on information and consultation of workers' representatives.

M. Enforcing EU labour law in new Member States

The issue of enforcement is particularly relevant to the new EU Member States. A case study of Poland examined whether industrial relations can be regarded as an effective means of enforcing EU labour law; specifically, do collective agreements represent a normative alternative to state legislation in the process of implementation of European labour law, and are collective agreements regarded as a legal source of labour law in Poland. The conclusion, following the established case-law of the European Court, is that collective agreements may be used to effectively implement European labour law on certain conditions: that they enjoy the status of being a constitutionally supported source of labour law, that they have general coverage and that their scope is not limited. Though it is necessary for some changes to be made to national labour law, it is argued that, with minor adjustments, collective agreements can serve as important legal tools for the introduction of European labour law into Poland (15). If so, this conclusion would serve to alleviate anxieties about the potential of social dialogue in this largest of the new Member States. It has important implications for public administration as both alternative and complementary to the collective and individual rights approach to enforcement.

N. Conclusion: lessons for the effective enforcement of EU labour law

Comparative study highlights the complementary functions of different enforcement processes: administrative, industrial relations and judicial. However, these processes have different impacts at micro (individual) and macro (collective) levels. It may be that the operation of these different processes can be mutually beneficial. For example, it may be argued that macro (collective) methods of enforcement of labour law are stronger and micro (individual) methods relatively weaker at national level, but the reverse is true at EU level. If so, does this offer a positive prospect of the European Court of Justice reinforcing the micro level of national judicial procedures of enforcing EU labour law? Conversely, could national industrial relations systems contribute to supporting an EU industrial relations system capable of undertaking effective enforcement of EU labour law at macro (collective) level (AHLBERG, BERCUSSON, BRUUN, VIGNEAU, 1999) ? (16) The objective is mutual reinforcement of EU and national systems of labour law.

II Evolution: Lessons from EU labour law for national labour laws

Throughout its history of almost half a century, the European Community has experienced a variety of legal strategies for the formulation and implementation of labour law and social policy. The past decade has witnessed dramatic changes in the EU's methods

(13) See Antonio LO FARO in MALMBERG (ed), op. cit., pp. 190-214.

(14) Michael GOTTHARDT in MALMBERG (ed), op. cit., pp. 223-261.

(15) Andrzej Marian SWIATKOWSKI in MALMBERG (ed), op. cit., pp. 263-290

(16) Research at the Swedish National Institute for Working Life aims to contribute to answering the latter question by examining the role of European social dialogue agreements in EC labour law.

of labour regulation. The traditional approach of *judicial enforcement* of labour standards laid down in EU legislation (directives) is constantly under the pressure of new doctrinal developments. In addition, there has emerged a new *industrial relations* mechanism, the process of social dialogue and European framework agreements between the social partners (Maastricht Treaty, now Articles 138-139 of the EC Treaty). There is also a new administrative mechanism, the « open method of coordination » (OMC), applied to the European Employment Strategy (EES) (Treaty of Amsterdam, now Articles 125-130 of the EC Treaty). These new developments have produced new approaches to application and enforcement of labour law. Of particular interest are the evolution at EU level of *hybrid methods of enforcement and application of labour law*, merging administrative, judicial and industrial relations processes.

The context of these changes is the so-called « Lisbon Strategy » (A), but the Treaty of Nice provided the legal framework for the changes on labour policy signalled by the Lisbon Strategy (B), which took shape in the Commission's Social Policy Agenda 2000-2005 (C).

One result is the emergence of « hybrids » in the application and enforcement of EU labour law. Hybrid 1 merges industrial relations and administrative mechanisms (social dialogue and the OMC) (D). Hybrid 2 seeks a new balance between industrial relations and legislative mechanisms (social dialogue and legislation) (E). Hybrid 3 hints at new doctrinal developments (judicial process stimulated by social dialogue developments in the context of the recognised imbalance of power in the individual employment relationship) (F).

A. The context: the Lisbon Strategy

The Lisbon European Council of 23-24 March 2000 articulated a new strategic goal for the EU: « to become the most competitive and dynamic knowledge-based economy in the world capable of sustainable economic growth with more and better jobs and greater social cohesion » (17). As well as a new strategic goal, the Lisbon Council highlighted the « open method of coordination » as a principal process through which this goal was to be achieved.

In its Social Policy Agenda 2000-2005, the Commission confirmed the Lisbon Strategy (18). Reflecting the approach favoured by the Lisbon Council, the Commission stated: (p. 7) : « This new Social Policy Agenda does *not seek to harmonise social policies*. It seeks to work towards common European objectives and increase *co-ordination of social policies* in the context of the internal market and the single currency ».

B. The legal changes of the Treaty of Nice: from judicial enforcement to administrative process

This approach emphasising *coordination* is reflected in the changes to the Social Chapter of the EC Treaty adopted by the Treaty of Nice in December 2000.

Article 137(2) EC was amended by the Treaty of Nice in two apparently minor ways. First, it *added* to Article 137(2)'s provision encouraging cooperation between Member States the phrase « *excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States* ». Secondly, this phrase *replaced* the former Article 137(2)'s provision limiting cooperation measures solely « *in order to combat social exclusion* ». Instead, the reference to « *combating of social exclusion* » is inserted into the Treaty of Nice's new Article 137(1)(j) EC.

The replacement in Article 137(2) of the phrase « *in order to combat social exclusion* » by the insertion of the new phrase « *excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States* » has two very significant implications. The first is that *coordination/cooperation* is an approach which may henceforth be applied to all the social policy areas listed in the revised Article 137(1) EC (not only « *in order to combat social exclusion* »). Secondly, in social policy generally, as in the case of employment policy (Article 129 EC), the process of cooperation/coordination excludes « *any harmonisation of the laws and regulations of the Member States* ».

These amendments to Article 137 EC by the Treaty of Nice mark the new departure in EU social policy signalled by the Lisbon Strategy. EU social policy is not primarily to be implemented through the adoption by means of directives of minimum requirements (Article 137(2)(b) EC, formerly 137(2)) in the fields listed in Article 137(1).

Rather, in all these fields there is the alternative of measures designed to encourage *cooperation* between Member States in all social policy fields (Article 137(2)(a)), no longer restricted to combating social exclusion (ex Article 137(2) EC), and explicitly « *excluding any harmonisation of the laws and regulations of the Member States* ».

C. The Social Policy Agenda 2000-2005: legislation, social dialogue and administrative processes

The European Council at Nice in December 2000, in adopting the Commission's Social Policy Agenda 2000-2005 of 28 June 2000, declared that in its implementation « all existing Community instruments bar none must be used; the open method of co-ordination, legislation, the social dialogue, the Structural Funds, the support programmes, the integrated policy approach, analysis and research » (19). The Commission's Social Policy Agenda 2000-2005 also stated that « To achieve these priorities, an adequate combination of all existing means will be required » (p. 14). Although a *variety* of means were listed, the *scope* of application allocated to each was significant.

The *first* was "The open method of co-ordination, inspired by the Luxembourg Employment Process and developed by the Lisbon and Feira Councils". There was *no limit* specified to the scope of matters suitable for the application of this method.

(17) Lisbon Presidency Conclusions, paragraph 5.

(18) COM (2000) 379 final, Brussels, 28 June 2000, Section 1.2, p. 5.

(19) Nice European Council, 7-9 December 2000, Annex 1, paragraph 28.

In contrast, the *second* means listed was: “Legislation : Standards should be developed or adapted, where appropriate, to ensure the respect of *fundamental social rights* and to respond to new challenges. Such standards can also result from agreements between the social partners at European level”. The scope of legislation required to achieve the European social model is here limited to fundamental social rights and new challenges.

Thirdly : “The Social Dialogue as the most effective way of modernising contractual relations, adapting work organisation and developing adequate balance between flexibility and security”. The role of social dialogue is even more limited to work relationships within the enterprise.

The unlimited scope of the open method of coordination as an instrument for achieving the Lisbon strategy is in clear contrast with the restricted scope of legislation and social dialogue. The emphasis is on the open method of coordination as the instrument for achieving the Lisbon strategy. The Lisbon strategy, and the Social Policy Agenda 2000-2005, may succeed or fail depending on the efficacy of its chosen instrument.

D. Hybrid 1: Merging industrial relations and administrative mechanisms (social dialogue and the OMC)

In the Communication of 26 June 2002 on the role of social dialogue in European labour law, entitled « The European social dialogue, a force for innovation and change » (16), the Commission noted, under the heading « Improving monitoring and implementation », that :

« The European social partners have adopted *joint opinions*, statements and declarations on numerous occasions. More than 230 such joint sectoral texts have been issued and some 40 cross-industry texts... However, in most cases, these texts did not include any provision for implementation and monitoring: they were responses to short-term concerns. They are not well known and their dissemination at national level has been limited. Their effectiveness can thus be called into question ».

On the question of the perceived lack of effectiveness, the Commission noted that (17) :

« Special consideration must be given to the question of how to implement the texts adopted by the European social partners. The recommendations of the High-Level Group on Industrial Relations and Change see the use of machinery based on the open method of coordination as an extremely promising way forward.

The social partners could apply some of their agreements (where not regulatory) by establishing goals or guidelines at European level, through regular national implementation reports and regular, systematic assessment of progress achieved ».

To that end, the Commission recommended :

« The social partners are requested to :

- adapt the open method of coordination to their relations in all appropriate areas;
- prepare monitoring reports on implementation in the Member States of these frameworks for action;
- introduce peer review machinery appropriate to the social dialogue ».

The significance of this recommendation is highlighted by the Work Programme of the European Social Partners 2003-2005. For example, of the twelve items in the Social Partners Work Programme under the Employment Heading, only three refer to « agreements », while nine appear to be eligible for the Commission’s recommendation on application of the open method of coordination (22).

Given the nature of the Social Partners’ Work Programme, therefore, the Commission questions the ineffectiveness in implementation and monitoring of texts other than agreements. Its solution is, first, to clearly identify those areas where « regulatory agreements » are the chosen instrument. Secondly, where other instruments are proposed (frameworks of actions, declarations, orientations, joint opinions) the OMC method may be adapted as appropriate; in particular, « monitoring reports on implementation » and « peer review machinery appropriate to the social dialogue » : a new hybrid form of implementation and enforcement.

It remains to be seen whether the OMC, hitherto often criticised as to its effectiveness when implemented by Member States’ administrations in the field of employment policy, is appropriate for the Work Programme of the Social Partners on Employment. If joint opinions and other non-regulatory instruments continue to be ineffective, their failure may imply other, more rigorous steps towards effectiveness, including regulatory agreements and/or legislation.

E. Hybrid 2: A new balance between industrial relations and legislative mechanisms (social dialogue and legislation) in the implementation and enforcement of EU labour law

An *Interinstitutional Agreement on Better Law-making* concluded between the European Parliament, the Council and the Commission deals with the normal EU legislative process and « alternative methods of regulation » (23). The sections of the Agreement dealing with the normal EU legislative process ignore the special role of the social partners in the EU legislative process

(20) COM(2002) 341 final, 26 June 2002.

(21) *Ibid.*, Section 2.4.1, p. 18.

(22) The three appear only in proposals for a « seminar in view to negotiate a voluntary agreement » on stress at work (2003) and a « seminar to explore possibility of negotiating a voluntary agreement » on harassment (2004-2005). An additional item refers to the framework agreement on telework signed on 16 July 2002.

(23) The Interinstitutional Agreement was signed and ratified by the Council, Commission and the European Parliament on 16 December 1993. It was published in the Official Journal, OJ No. C 321/2003 of 31 December 2003. Note also the Report from the Commission, Better Lawmaking 2003, pursuant to Article 9 of the Protocol on the application of the principles of subsidiarity and proportionality (11th Report), COM(2003)770, Brussels, 12 December 2003.

in the social policy field laid down in Articles 138-139 EC. Instead, the special role of the social partners is referred to in the part on : « Use of alternative methods of regulation » (paragraphs 16-23), which deals generally with « co-regulation » and « self-regulation ». However, the social partners, the social dialogue process and the agreements which result are subjected to conditions which conflict with Articles 138-139 EC.

For example, the normal EU legislative process as presented in the Interinstitutional Agreement provides for « Pre-legislative consultation » between the three institutions. Yet Article 138 EC requires that « before submitting proposals in the social policy field, the Commission shall consult management and labour on the possible direction of Community action ».

The proposed revision of the Working Time Directive is an illustration of the operation of this new procedure. In its *Communication*, the Commission states that the aim of this Communication is to consult the European Parliament and the Council, but also the ECOSOC, the Committee of the Regions and the social partners on a possible revision of the text, and continues: « ...this communication should be considered as the first phase of consultation pursuant to Article 138(2) of the Treaty. The Commission will of course subsequently consult the social partners on the content of all proposals envisaged (Article 138(3)) » (24). Yet the preparation of this Communication has been known for a long time. Beginning the social partner consultation only when others are also being consulted is not consistent with Article 138. An Article 138 consultation allows for the social partners to agree to engage in social dialogue. Yet there is no mention of this possibility anywhere in the Communication. The Commission is reducing the involvement of the social partners and the role of the social dialogue to the level of general public consultations on Commission initiatives, in contravention of the Treaty.

As regards « co-regulation », the Interinstitutional Agreement proposes that amendments may re-open social dialogue agreements concluded after extensive negotiations; social dialogue agreements may be subordinated to the « objectives laid down by the legislative authority »; and social dialogue agreements concluded may be subject to the threat that the Commission will reject them and substitute a legislative act (25).

As presently understood and applied, the position under Articles 138-139 EC is that the European Parliament has no formal power to suggest amendments to an agreement or object to its entry into force, the Commission (a) has no power to refuse to propose the agreement for decision of the Council once there has been a « joint request of the signatory parties »; (b) may not opt to submit an alternative « proposal for a legislative act »; (c) or do so on the grounds that it does not « meet the objectives laid down by the legislative authority », and the Council has no power to amend an agreement submitted by the Commission. It can only decide to adopt or reject it.

The Agreement poses a serious threat to the autonomy and effectiveness of the European social dialogue. It aims to achieve « Better Law-making » - *without* the social partners, in contradiction to Articles 138-139 EC. The fundamental strategic question is the role of the EU social partners and the EU social dialogue in the EU constitutional and legal order. Is it a role of autonomous regulation of employment and industrial relations by constitutionally recognised social partners? Or is the role of the social partners confined to an industrial relations sub-system subordinate to the internal market regulated by the EU institutions?

F. Hybrid 3: New doctrinal developments by the ECJ stimulated by the recognised imbalance of power in the individual employment relationship

If legislative, administrative and industrial relations processes fail to provide effective application and enforcement of labour standards in the EU, the European Court of Justice (ECJ) may move to develop doctrines enabling EU law to be effectively enforced (*effet utile*). An indication of particular concern to application of labour law is the recent case of *Bernhard Pfeiffer et al. c. Deutsches Rotes Kreuz Kreisverband Waldshut eV* (26).

The case concerns the German legislation (*Arbeitszeitgesetz*) implementing the Working Time Directive 93/104/EC. Article 3 of the *Arbeitszeitgesetz* specifies a working day of 8 hours which may be prolonged to 10 hours provided the average of 8 hours daily work is maintained. Article 7.1.1 allows for derogation from Article 3 by a collective agreement prolonging daily hours of work beyond 10 hours. A collective agreement with the German Red Cross provided for such a prolongation so as to allow a working week exceeding 48 hours (Article 14.2 of the agreement). The questions referred to the ECJ under Article 234 EC included whether Article 6 of Directive 93/104 had direct effect so as to allow an individual to complain to a national court where the Member State has not correctly implemented the Directive.

The Opinion of Advocate-General M.D. Ruiz-Jarabo Colomer of 6 May 2003 concludes that Article 6.2 of the Directive was sufficiently clear, precise and unconditional to have direct effect. However, the Advocate-General acknowledges that the ECJ has refused to allow an individual to rely on the direct effect of directives to make claims in national courts against other private individuals. Directives do not have so-called « horizontal » direct effect (paragraphs 56-57).

The Advocate-General then refers to the ECJ's doctrine of « indirect » effect of directives, which requires a national court to interpret national law consistently with the objectives of the directive (paragraph 58) (27). The Advocate-General argues that it follows that Article 6.2 of Directive 93/104 overrides Article 7.1.1 of the *Arbeitszeitgesetz* which allows a collective agreement to prolong the

(24) Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions concerning the re-exam of Directive 93/104/EC concerning certain aspects of the organization of working time. COM (2003) 843 final, Brussels, 30 December 2003, page 4.

(25) Paragraph 20 : « At the request of inter alia the European Parliament or of the Council, on a case-by-case basis and depending on the subject, the basic legislative act may include a provision for a two-month period of grace following notification of a draft agreement to the European Parliament and the Council. During that period, each Institution may either suggest amendments, if it is considered that the draft agreement does not meet the objectives laid down by the legislative authority, or object to the entry into force of that agreement and, possibly, ask the Commission to submit a proposal for a legislative act ».

(26) Joined Cases C-397/01 to C-403/01. Opinion of Advocate-General M.D. Ruiz-Jarabo Colomer, 6 May 2003, and opinion 27 april 2004.

(27) *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, Case 14/83, [1984] ECR 1891. *Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentacion SA*, Case C-106/89, [1990] ECR I-4135.

working day beyond 10 hours, and Article 14 of the collective agreement must be interpreted so that the workers concerned are not required to work more than 48 hours on average (paragraph 59).

There emerges a new *Pfeiffer* doctrine of « private indirect effect ». National courts are obliged to interpret *private law measures* consistently with directly effective provisions of a Directive, where these private law measures are based on national law which is inconsistent with the directly effective provisions of a Directive. *Contracts of employment* are the most important private law measures in labour law. The *Pfeiffer* doctrine seems to state that contracts of employment, based on national law, must be interpreted consistently with the directly effective provisions of directives.

The Advocate-General presented his Opinion on 6 May 2003. In an unusual move, the Court issued an Order on 13 January 2004 re-opening the procedure transferring the case from the sixth Chamber to the Court, and ordering an oral hearing for arguments on 9 March 2004.

The ECJ's Order of 13 January 2003 provides some indications of why this unusual procedural step was taken. In particular, paragraph 9 emphasises the purpose of Directive 93/104 : to protect workers as the weaker party to the employment contract, and adds that effective protection (*effet utile*) must be assured by both EU and national courts. This may be an indication that « horizontal direct effect » should apply where directly effective provisions of directives aim to protect the weaker party in the employment context. This would be a doctrine of « *effet utile* » specific to EU labour law. Directives affording protection to workers can be invoked before national courts to override contracts of employment which are inconsistent with directives. They are an exception to the general rule precluding horizontal direct effect.

In paragraph 10, the ECJ emphasises that the complaints based on Directive 93/104 are concerned with limiting daily working hours, not monetary compensation, making it difficult to launch a claim against the Member State for the harm caused by the violation of EC law. A *Francoovich* (28) claim only allows financial compensation against the State (29). Another remedy would be to require national law to allow directly effective provisions of directives to override inconsistent contracts of employment.

*

* *

The shifting sands of EU labour law have produced new castles. Combining autonomous social dialogue agreements with enforcement through the OMC may be only a sand castle of the Commission's making, to be washed away in time. The downgrading of the European social dialogue in the EU's legislative procedures under Articles 138-139 is apparent in the Interinstitutional Agreement and exemplified in the process of revision of the Working Time Directive. But the Treaty provides a constraint on acts of the institutions which infringe essential procedural requirements (Article 230 EC). The decline in industrial relations mechanisms, and failures in the efficacy of administrative mechanisms may be balanced by new doctrines produced by the judicial process, blurring the line between creation and interpretation of law. The history of EU labour law promises only the certainty of change. The direction of change is harder to predict...

Bibliography

AHLBERG K., BERCUSSON B., BRUUN N., VIGNEAU C. (1999), *Fixed-term Work in the EU: A European agreement against discrimination and abuse*, National Institute for Working Life, Stockholm.

BERCUSSON B. (1996), « *European Labour Law* », Sweet & Maxwell, London, Part III, chapters 7-11.

BERCUSSON B. (2002), « The European Social Model Comes to Britain », 31 *Industrial Law Journal*, September, pp. 209-244.

Council Directive (2002/14), *Establishing a framework for informing and consulting employees in the European Community*, OJ 2002, L80/29.

Council Directive (2000/78), *Establishing a general framework for equal treatment in employment and occupation*, OJ 2000, L303/16.

Council Directive (76/207/EEC of 9 February 1976), *On the implementation of the principle of equal treatment for men and women as regards access to employment, vocational training and promotion, and working conditions*, OJ 1976, No. L39/40, as revised by Council Directive 2002/73/EC, OJ 2002 No. L269/15.

KILPATRICK C. (2003), « Has New Labour Reconfigured Employment Legislation ? », 32 *Industrial Law Journal* 135 at p. 141.

MALMBERG J. (2003), (ed.), *Effective Enforcement of EC Labour Law*, Iustus Forlag, Uppsala.

SCIARRA S. (2001), (ed.), *Labour Law in the Courts : National Judges and the European Court of Justice*, Hart.

SUPIOT A. (1991), « L'application du droit du travail en Europe », *Travail et Emploi* n° 47.

(28) *Francoovich and Bonfazi v. Italy*, Cases C-6/90 and C-9/90, [1991] ECR I-5357.

(29) *Factortame* allowed for other (interim) remedies. *R. v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd. and Others*, Case C-213/89, [1990] ECR I-2433.