



Viking et Laval

Exposé des motifs

(Pour le Comité exécutif de la CES, 4 mars 2008)

I. Introduction

Le 11 décembre 2007, la CEJ a rendu son arrêt dans l'affaire Viking et, le 18 décembre 2007, dans l'affaire Laval.

Dans le présent mémorandum, la CES évalue l'impact potentiel de ces arrêts et indique quelles actions elle propose et recommande.

Evaluation générale

Ces deux affaires concernent des syndicats menant une action contre le dumping social : Dans l'affaire Viking, contre le changement de pavillon d'un navire finlandais en navire estonien dans le but d'appliquer des normes inférieures aux membres d'équipage ; dans l'affaire Laval contre l'application de salaires et de conditions de travail lettons à des travailleurs lettons employés par une société lettone sur un chantier de construction suédois.

Dans ces deux affaires, cette action collective faisait partie d'une stratégie de négociation collective plus large.

Dans l'affaire Viking, il s'agit de la politique du PC de l'ITF luttant contre les pavillons de complaisance (c'est-à-dire le changement de pavillon dans le seul but de baisser les normes) par le biais d'une stratégie coordonnée au sein de ses syndicats membres et stipulant que seul le syndicat du pays de « propriété effective » dispose du droit à une négociation collective (et donc le syndicat estonien a refusé d'entamer une négociation collective avec Viking qui a, à son tour, refusé toute négociation collective avec le Syndicat des pêcheurs professionnels finlandais).

Dans l'affaire Laval, il s'agit des pratiques générales suédoises en matière de négociation collective dans le cadre desquelles des sociétés étrangères actives sur le territoire suédois sont approchées en vue de la signature d'une convention collective suédoise (mais Laval a refusé d'entamer des négociations avec les syndicats suédois au regard de l'application de salaires et de conditions de travail suédois et a, au contraire, conclu une convention collective avec le Syndicat des travailleurs de la construction de Lettonie applicable aux travailleurs détachés en Suède).

Dans ces deux affaires, le droit de mener une action collective destinée à protéger les travailleurs contre le dumping social en tant que tel a été reconnu par la CEJ comme un droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du Droit communautaire. Cela doit certainement être considéré comme une avancée considérable.

Toutefois, la Cour a soumis l'exercice de ce droit à certaines restrictions qui ont conduit, dans ces deux affaires, à un jugement négatif au regard des stratégies de négociation collective et des actions en jeu. Cela a semé le trouble au sein des syndicats et de leurs membres aux quatre coins de l'Europe et, plus particulièrement, dans les pays et les secteurs touchés de plus près.

Depuis cet arrêt, un grand nombre d'articles et d'évaluations ont été publiés. Tout n'a pas encore été dit à propos de ces affaires d'un point de vue à la fois juridique et politique et la position actuelle n'a pas pour ambition de présenter une interprétation finale.

Toutefois, pour la CES et ses membres, l'issue de ces deux affaires représente un défi majeur. Comment ériger et défendre des normes du travail à l'ère de la mondialisation ? La CEJ reconnaît et permet-elle suffisamment aux syndicats de protéger leurs membres et les travailleurs en général contre le dumping social, de lutter en faveur de l'égalité de traitement des migrants et des travailleurs locaux et de prendre des mesures destinées à améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs aux quatre coins de l'Europe ?

Si la réponse est non, quelle doit-être notre réponse ?

Selon la CES, cette issue révèle au grand jour certaines faiblesses essentielles du cadre juridique actuel (des Traités et des Directives) au niveau de l'EU devant être résolues :

- 1) La CEJ semble confirmer une hiérarchie des normes plaçant tout en haut de cette hiérarchie les libertés du marché et la négociation et l'action collective en seconde position. Bien que l'action collective soit reconnue comme un droit fondamental pouvant restreindre les libertés fondamentales, son exercice doit être rapproché du Droit communautaire et donc justifié et proportionnel ;
- 2) La CJE interprète la Directive sur le détachement de travailleurs d'une manière restrictive limitant la portée des actions destinées à lutter contre le dumping social et à garantir une égalité de traitement entre les travailleurs locaux et migrants dans l'Etat membre d'accueil.

II. Libertés fondamentales et droits fondamentaux : Une hiérarchie des normes ?

II.1. L'approche de la CEJ

Il est important de souligner que la CEJ, dans l'affaire Viking (comme le confirme l'affaire Laval), a pris, au regard du droit à une action collective, une position singulière du point de vue de ses récentes jurisprudences, et certains de ces éléments devraient être considérés comme des avancées essentielles (ci-dessous en italique) :

- 1) La CEJ *reconnait le droit de mener une action en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire* ; elle fait référence à la convention 87 de l'OIT dans sa version ratifiée par les Etats membres, à la Charte sociale européenne et à la Charte des droits fondamentaux pour déclarer que cela signifie que le droit à une action collective n'est pas hors du champ d'application du droit communautaire.
- 2) Toutefois, *l'exercice* de ce droit pourra être soumis à certaines restrictions, donc ce droit n'est pas absolu (et, en cela, la Cour se réfère explicitement aux constitutions finlandaise et suédoise, aux termes desquelles le droit de grève n'est pas inconditionnellement garanti) et doit être protégé conformément au Droit communautaire et aux pratiques communautaires.
- 3) Les articles 43 et 49 ont un effet direct horizontal, en effet, ils ne sont pas seulement destinés aux Etats membres, mais peuvent aussi être invoqués que ce soit par des entreprises privées ou un syndicat (parce que, selon la CEJ, sinon l'obligation des Etats membres d'éliminer les entraves aux libertés fondamentales pourrait être compromise par les « acteurs privés » tels que les syndicats et les associations).

*La cour poursuit ensuite **au sujet de Viking** :*

- 4) Selon la CEJ, l'action collective, dans l'affaire Viking, a clairement pour but et pour effet de rendre la délocalisation moins attractive et est donc, en tant que telle, une restriction de la liberté d'établissement.
- 5) Elle ne peut donc être acceptée que si elle est justifiée. Dans son évaluation, la CEJ applique la jurisprudence classique :
 - a) L'action poursuit-elle un objectif légitime compatible avec le Traité et se justifie-t-elle par des raisons impérieuses d'intérêt général ? La réponse est que la protection des travailleurs est que *la protection des travailleurs constitue un intérêt légitime, reconnu par la jurisprudence de la CEJ, de nature à justifier, en principe, une restriction à l'une des libertés fondamentales*, mais qu'un juge national devra évaluer si, dans la pratique, l'objectif est réellement la protection des travailleurs. La CEJ se réfère dans son argumentation au fait que *l'UE ne possède pas seulement des objectifs économiques mais aussi des objectifs sociaux dont l'amélioration des conditions de vie et de travail*, et donc que les dispositions relatives à la libre circulation présentes dans le Traité

doivent être contrebalancées par les objectifs en matière de politique sociale.

- b) L'action est-elle apte à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne va-t-elle pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre ce dernier ?

En ce qui concerne les actions menées par le Syndicat des pêcheurs professionnels finlandais (FSU), la CEJ déclare qu'il revient à un juge national d'évaluer si les objectifs poursuivis avait réellement trait à la protection des travailleurs, mais elle donne déjà une indication de ce qui pourrait ou ne pourrait pas être assimilé à de la "protection" dans cette affaire :

S'il était établi que les emplois ou les conditions de travail en cause étaient compromis ou sérieusement menacés (ce qui ne serait pas le cas si l'employeur avait donné des garanties quant à leur sauvegarde).

Ensuite, le juge national devra d'un côté pendre en considération le fait que *les actions collectives sont « l'un des moyens principaux pour les syndicats de protéger les intérêts de leurs membres »*, mais d'un autre côté, il devra examiner si le syndicat ne disposait pas d'autres moyens, moins restrictifs de la liberté d'établissement (« principe de proportionnalité ») et si ce syndicat avait épuisé ces moyens avant d'engager une telle action (« ultime recours »).

Toutefois, au regard de la politique du PC de l'ITF, la CEJ déclare que de telles actions ne sauraient être objectivement justifiées parce qu'il s'agit d'une politique générale s'appliquant indépendamment de la question de savoir si, en pratique, l'exercice, par l'employeur, de son droit de libre établissement est susceptible ou non d'avoir des conséquences préjudiciables sur l'emploi ou les conditions de travail de ses salariés.

Au sujet de Laval :

Dans l'affaire Laval, la CEJ suit un raisonnement similaire. L'action collective est considérée comme une restriction de la libre prestation de services ; toutefois elle peut être justifiée.

Au regard des « principes », la CEJ déclare ce qui suit :

- a) Cette action a pour objectif légitime la protection des travailleurs.
b) Cet objectif constitue une raison impérieuse d'intérêt général parce qu'il est destiné à *protéger les travailleurs de l'Etat membre d'accueil contre un dumping social potentiel (!). Dans ce contexte, un blocus de chantiers engagé par une organisation syndicale de l'Etat membre d'accueil, visant à garantir aux travailleurs détachés des conditions de travail et d'emploi fixées à un certain niveau, relève de l'objectif de protection des travailleurs (!).*

- c) Toutefois, cette action est, dans cette affaire, selon la CEJ, injustifiée parce que a) la pratique suédoise de mise en œuvre de la Directive sur le détachement de travailleurs n'est pas un système reconnu par cette même directive, b) la pratique suédoise forçant les sociétés étrangères à négocier le salaire et d'autres conditions font partie d'un contexte national manquant de sécurités légale et de transparence (voir par la suite dans la section consacrée à la Directive sur le détachement de travailleurs).

Problèmes nécessitant une analyse approfondie :

(Liste non-exhaustive)

- Bien que la CJE indique que les libertés et les droits fondamentaux doivent « s'équilibrer », la cour ne semble pas trouver cet équilibre. Ceux exerçant une liberté fondamentale ne doivent pas justifier leurs actions et peuvent même faire appel à ces libertés quand elles sont délibérément utilisées pour des raisons de dumping social, ceci de ne devant pas être accepté comme des intérêts commerciaux légitimes.
Une véritable loi d'« équilibre » signifierait que l'exercice de libertés fondamentales doit (aussi) être justifié à la lumière des droits fondamentaux.
- La relation entre les traités de l'UE d'un côté et le droit international de l'OIT et du Conseil de l'Europe d'un autre côté n'est pas clarifiée. La CEJ ignore un possible choc des systèmes juridiques (qui pourrait être la cause de problèmes pour les Etats membres ayant ratifié ces conventions internationales). Parler en termes de « conciliation » des libertés et des droits fondamentaux est encore loin¹
- La CEJ ne reconnaît pas le droit à une négociation collective et à une action syndicale en tant que telles, mais uniquement lorsqu'elles sont utilisées pour « protéger les travailleurs ». Cela signifie qu'il est demandé aux juges nationaux de décider si les syndicats ont vraiment pour objectif la protection des travailleurs (ce qui implique que les juges examinent le contenu des politiques et des actions syndicales et, de ce fait, interfèrent avec l'autonomie des partenaires sociaux) ;
- La CJE traite les actions collectives comme si elles n'étaient qu'une nouvelle entrave, donc utilise un raisonnement identique (justification, proportionnalité) au lieu de prendre en compte le fait

¹ Voir aussi dans l'affaire Viking, le motif 52, dans lequel la CEJ nie qu'il serait inhérent à l'exercice même de la liberté syndicale et du droit de mener une action collective de porter une certaine atteinte aux dites libertés fondamentales.

qu'il s'agit là d'un droit fondamental pouvant nécessiter une approche différente ;

- L'UE n'est pas compétente pour légiférer dans le domaine des actions collectives mais la CEJ fournit des lignes directrices détaillées aux juges nationaux concernant la manière de juger les grèves ; ce procédé est largement sujet à caution ;
- La CEJ ne fait aucune véritable différence si un syndicat, au cours d'une action, représente ses membres ou non (donc ne fait pas de différence entre une action primaire ou de solidarité qui, selon la jurisprudence du tribunal de Strasbourg sur la CSE, devrait être prise en compte) ;
- La CEJ donne aux articles 43 (Liberté d'établissement) et 49 (Libre prestation de services) un effet direct horizontal. Cela pourrait conduire, dans un avenir proche, à une multitude d'affaires opposant des sociétés à des syndicats menant une action contre la délocalisation et le dumping social. De plus, dans ce contexte, il est difficile de savoir de quelle manière la CEJ gère la liberté indépendante et obligatoire d'association et le droit à la négociation et à l'action collective.

La question fondamentale à ce sujet est le fait que les syndicats sont maintenant couverts par l'interdiction de faire entrave au Traité comme s'ils étaient des organismes publics mais qui, dans le même temps, n'auraient aucun recours face aux arguments de justification dont disposent les organismes publics, à savoir les dispositions d'ordre public.

Bien que cela ne soit pas totalement inattendu, il est indéniable que la CEJ semble confirmer une hiérarchie des normes plaçant en tête les libertés du marché (reconnues comme des droits fondamentaux (!?)). L'exercice de ces libertés n'est pas remis en cause, donc ne doit pas être justifié à la lumière des droits fondamentaux, même lorsqu'ils sont utilisés délibérément pour le dumping social (comme cela était le cas dans ces deux affaires).

La négociation et l'action collective sont reconnues comme des droits fondamentaux mais l'exercice de ces droits est à la fois considéré comme une entrave à la libre circulation, sauf s'il est justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général telles que la protection des travailleurs contre le dumping social, et s'il est « proportionnel » (nécessité de poursuivre l'objectif et « ultime recours »).

Proposition de réponse de la CES

Une possibilité serait de profiter de l'élan entourant ces affaires pour demander un protocole additionnel ou une déclaration solennelle, ce qui pourrait clarifier le fait que les Traités, incluant les dispositions relatives à la libre circulation, doit être interprété de manière à respecter les droits fondamentaux (sorte de clause Monti pour les Traités) et reconnaîtrait

explicitement le fait que le droit fondamental à la négociation et à l'action collective ne peut pas être limité à des normes minimales et permet aux syndicats de lutter pleinement pour l'amélioration, pour les travailleurs, des conditions de vie et de travail.²

Une telle « Clause pour le progrès social » pourrait être émise parallèlement au Traité de réforme de l'UE et à sa clause sociale horizontale du nouvel article 5.a (Il existe un précédent pour cette procédure, le chapitre sur l'emploi n'ayant été ajouté au Traité d'Amsterdam que plus tard. De plus, en parallèle du Traité de Maastricht, un Protocole a été adopté afin de limiter l'effet de l'arrêt Barber de la CEJ sur l'égalité de salaire entre les hommes et les femmes au regard des pensions complémentaires. Il existe aussi des précédents avec la Clause Monti dans le règlement Monti sur la libre circulation des biens³, et une clause similaire dans la Directive sur les Services⁴).

Voici une première version de cette clause :

Après, en introduction, des références aux textes applicables des Traités, et une explication du concept de « progrès social », elle aurait cette forme :

« Rien dans le Traité, et plus particulièrement ni les libertés fondamentales, ni les règles de concurrence ne doit être prioritaire sur les droits sociaux fondamentaux et le progrès social. En cas de conflit, les droits sociaux fondamentaux doivent avoir la primauté.

Les libertés économiques ne peuvent être interprétées de manière à offrir aux entreprises le droit de les exercer avec pour seul but ou pour seul effet d'échapper ou de circonvenir aux législations et pratiques nationales sociales ou en matière d'emploi ou de favoriser le dumping social.

Les libertés économiques, telles qu'établies dans les Traités, doivent être interprétées de manière à ne pas porter atteinte à l'exercice des droits sociaux fondamentaux tels que reconnus par les Etats membres et le droit communautaire/ de l'Union, y compris le droit de négocier, de conclure et d'appliquer des conventions collectives et de mener des actions collectives et à ne pas porter atteinte à l'autonomie des partenaires sociaux dans

² Un protocole similaire a été adopté pendant les négociations du Traité de Maastricht afin de limiter le champ d'application du fameux arrêt Barber de la CEJ (relatif aux pensions complémentaires et à l'égalité de traitement des hommes et des femmes).

³ Texte du Règlement Monti : *Le présent règlement ne peut être interprété comme affectant d'une quelconque manière l'exercice des droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus dans les États membres, y compris le droit ou la liberté de faire grève. Ces droits peuvent également comporter le droit ou la liberté d'entreprendre d'autres actions relevant des systèmes spécifiques de relations du travail propres à chaque État.*

⁴ *La présente directive n'affecte pas l'exercice des droits fondamentaux tels que reconnus dans les États membres et par le droit communautaire. Elle n'affecte pas non plus le droit de négocier, de conclure et d'appliquer des conventions collectives et de mener des actions syndicales. »*

l'exercice de ces droits fondamentaux pour des intérêts sociaux et la protection des travailleurs.

La protection des travailleurs doit être interprétée de manière à reconnaître le droit des syndicats et des travailleurs à lutter pour la protection des normes existantes ainsi que pour l'amélioration des conditions de vie et de travail des travailleurs dans l'Union au-delà des normes existantes (minimales), en particulier à lutter contre la concurrence déloyale en matière de salaire et de conditions de travail et à demander l'égalité des salaires quelle que soit leur nationalité ou la raison. »

Il est proposé que la CES consulte encore ses affiliés et ses experts juridiques au regard de cette clause. Le statut d'une telle clause sera crucial. Nous demandons un instrument possédant le statut et l'autorité permettant d'indiquer clairement la direction à suivre en matière d'interprétation des Traités.

Afin qu'elle ait un impact juridique totale sur l'interprétation des Traités, il est préférable que cette clause soit incluse par la suite dans le droit primaire de l'UE, par exemple par le biais d'un protocole aux (nouveaux) traités.

Une autre option serait de demander la « mise à jour » des explications relatives à la Charte de l'UE et plus précisément à l'article 28 concernant les actions collectives.

Une étude approfondie doit être menée afin d'explorer de nouvelles options (voir ci-dessous).

II.2. Protéger les systèmes nationaux contre le marché ou demander l'établissement de « l'égalité des armes » au niveau de l'UE ?

Un aspect important du débat est de savoir si nous devons nous concentrer sur la manière de mieux « protéger » les relations professionnelles nationales et les systèmes de protection sociale contre une « invasion » par la législation du marché intérieur (si oui, comment ?) et/ou si nous devons élaborer (aussi) une réponse au niveau de l'UE demandant la reconnaissance des droits syndicaux transnationaux et le droit à une action collective d'un poids (au moins) égal aux libertés du marché afin d'offrir au travail une « égalité des armes » vis-à-vis du capital mondial (et si oui, comment ?). A cette question, il n'existe aucune réponse simple.

Nous allons peut-être devoir revoir le compromis se trouvant à la base de la Communauté économique européenne puisqu'il a été établi à la fin des années 1950, entre la protection sociale poursuivie au niveau national et le marché intérieur et le libre échange poursuivi au niveau communautaire, l'hypothèse étant que la croissance économique mènerait automatiquement au progrès social.

La Communauté n'interviendrait que dans les questions sociales si, dans un secteur particulier, une distorsion de la concurrence devait être empêchée (exemple : L'égalité de salaire entre les hommes et les femmes).

Toutefois, ces dernières décennies, différentes évolutions (UEM, interprétation, par la CEJ, de plus en plus « activistes » de la réglementation sur la libre circulation, un basculement à droite de la Commission et des Etats membres) ont conduit à une situation où les réglementations du marché intérieur empiètent de plus en plus sur la souveraineté nationale.

La question brûlante est donc la suivante :

- La limitation croissante de la souveraineté sociale nationale peut-elle être stoppée ou renversée ? (et si oui, comment ?)
- Est-il souhaitable ou possible dans cette ère de mondialisation et de mobilité accrue des capitaux et des services ?
- Et si non, cela devrait-il être adapté ou résolu par le biais d'un transfert de compétences au profit de l'UE ? (si oui, dans quels secteurs ?).

Proposition de réponse de la CES :

Une étude plus approfondie est nécessaire afin d'évaluer les différentes options disponibles afin de mieux équilibrer et réconcilier le marché unique et les systèmes nationaux de relations professionnelles d'un côté (ce qui inclut la « protection » contre les invasions par le marché intérieur) et, d'un autre côté, afin de fournir, aux syndicats menant une action transnationale, une « égalité des armes » vis-à-vis du capital mondial.

La CES devrait étudier la possibilité de :

- Créer une unité de travail afin de mieux évaluer ces options
- Mettre cette question à l'agenda de l'université d'été 2008
- Organiser, au second semestre 2008, une conférence de haut niveau regroupant des affiliés et des experts externes

III. Directive sur le détachement de travailleurs : Limites et restrictions

III.1. Bolkestein par la petite porte ?

Certaines réactions suggèrent que le compromis sur la Directive sur les services (excluant le droit du travail de son champ d'application, reconnaissant que le droit fondamental à la négociation et à l'action collective ne seraient pas affectés et supprimant les restrictions concernant l'application de la Directive sur le détachement de travailleurs) a été révisé par l'affaire Laval et que nous sommes confrontés à une «

nouvelle Bolkestein » (principe de d'Etat membre d'origine par la petite porte). Cela est sujet à caution.

Toutefois, nous sommes peut-être face au réveil d'un « géant endormi » qui a toujours été là, c'est-à-dire que la Directive sur les services ne limitait en aucun cas le champ d'application potentiel de l'article 49 et son application aux éléments extérieurs ou « non affectés par » cette directive.

Il est important de clarifier le fait que l'approche originale de la Directive sur les services au regard du principe d'Etat membre d'origine était de dire que les règles applicables à des prestataires de services transfrontaliers, en cas d'activité dans l'Etat membre d'accueil, seraient les règles de l'Etat membre d'établissement. Le droit du travail n'a pas été clairement exempté et la Directive sur le détachement de travailleurs a été considérée comme offrant le maximum de libertés à la réglementation de l'Etat membre d'origine.

Cela a été, dans la directive finale remplacé par l'approche plus logique (selon la jurisprudence de la CEJ) de « l'élimination des entraves ». Selon cette approche, même si un élément est considéré comme une entrave, le champ libre est laissé à la justification.

Cela signifie que, selon la manière dont est interprétée la Directive sur le détachement de travailleurs (comme une directive maximale ou non, voir ci-dessous), l'approche de la CEJ est que (sur des questions situées hors du champ d'application de la Directive sur le détachement de travailleurs), ces éléments peuvent être considérés comme des entraves pouvant et devant être justifiés.

III.2 La Directive sur le détachement de travailleurs, une « directive maximale » ?

L'une des questions majeures à clarifier est la manière dont la CEJ interprète (et restreint), dans l'arrêt Laval, le champ d'application de la Directive sur le détachement de travailleurs.

Est-ce une directive minimale (les Etats membres peuvent obliger les prestataires de services étrangers, par la loi ou par une convention collective, à faire plus que le minimum) ou maximale (mise en place de règles harmonisées au regard de ce qui peut être ou pas demandé à des prestataires de services étrangers) ? Que cela signifie-t-il pour les systèmes respectifs de mise en œuvre au sein des Etats membres et pour les possibilités dont disposent les syndicats de demander une égalité de traitement des travailleurs détachés et de lutter contre le dumping social ?

Notre première évaluation est que, selon la CEJ dans l'affaire Laval, la directive sur le détachement de travailleurs est une directive maximale au regard des questions pouvant être réglementées par des règles obligatoires, au regard du degré de protection pouvant être nécessaire et des méthodes pouvant être utilisées pour s'assurer que les conditions

d'emploi sont équitablement respectées par toutes les entreprises nationales et étrangères dans une même région ou un même secteur.

Dans le même temps, dans le contexte de ces limites partiellement procédurales, les Etats membres (selon les systèmes en place) sont plutôt libres en termes d'application, aux travailleurs détachés, de normes statutaires et conventionnelles.

Cela signifie que le niveau des normes applicables aux travailleurs détachés en Europe peut différer énormément selon le système de droit du travail et de relations professionnelles en place dans le pays concerné. Certains pays appliquent pratiquement la totalité de leur droit du travail et leurs conventions collectives aux travailleurs détachés et, dans d'autres, ils ne sont couverts que par des dispositions statutaires particulièrement restreintes.

L'arrêt Laval implique que la CEJ est favorable à une approche légale/statutaire ajoutant une sécurité et une prévisibilité juridiques à une approche de négociation collective synonyme de flexibilité.

La CEJ souligne clairement le caractère minimal des normes (et plus particulièrement en termes de rémunération), la sécurité et la prévisibilité juridiques des normes et l'égalité de traitement des entreprises mais n'autorise pas une action collective destinée à demander plus (donc à demander une « égalité de traitement » des travailleurs).

Toutefois, il est bon de garder en mémoire le contexte suédois de l'affaire Laval. Une analyse plus approfondie et plus précise de l'arrêt de la CEJ doit être effectuée afin d'évaluer les implications potentielles qu'il peut avoir sur les différents systèmes des Etats membres (avec une combinaison de normes minimales légales et conventionnelles) et sur les pratiques actuelles de mise en œuvre des conventions collectives sur les travailleurs détachés.

Il semble découler de l'affaire Laval que seules les dispositions des conventions collectives sont reconnues comme étant des normes minimales obligatoires réglementant les questions mentionnées dans l'article 3 (1), qui sont interprétées de manière plutôt restrictive (lorsqu'il s'agit de ne payer qu'une « rémunération minimale » !) et qui sont généralement rendues contraignantes ou applicables par l'une des méthodes explicitement mentionnées dans la Directive sur le détachement de travailleurs.

L'arrêt à venir dans ***l'affaire Rüffert***⁵ (prévu pour le début du mois d'avril) permettra d'en savoir un peu plus sur cet aspect important mais,

⁵ Rüffert versus Land Niedersachsen (Basse-Saxe), C-346/06. Arrêt attendu le 4 avril 2008. Cette affaire aborde la relation entre les salaires minimums établis dans le cadre d'une convention collective nationale dans le secteur de la construction en Allemagne déclarée généralement contraignante et les salaires conventionnels supérieurs s'appliquant à toutes les entreprises et les travailleurs sur le lieu où le travail est effectué (Land de Basse-Saxe) et pose la question de savoir si la réglementation de Basse-Saxe relative aux marchés publics peut

sur la base de l'arrêt Laval, nous ne nous attendons pas à une issue très favorable.....

Dans le même temps, une autre affaire actuellement portée devant la CEJ (**Commission versus Luxembourg**, C319/06)⁶ pourrait s'avérer être d'une importance toute aussi capitale pour les Etats membres dans lesquels le droit du travail, partiellement ou totalement, a été déclaré, par les Etats membres, « dispositions d'ordre public » aux termes de l'Article 3.10 de la Directive sur le détachement de travailleurs (en plus du Luxembourg, il pourrait s'agir de la Belgique, de l'Italie et de la France.....). Des affiliés, dans leur réponse au questionnaire Netlex, ont aussi attiré l'attention sur ce sujet (voir ci-dessous).

La CEJ n'accepte pas que les entreprises étrangères soient « forcées » par le biais d'actions collectives à entamer une négociation collective avec les syndicats afin de décider de rémunérations minimales, « dans un contexte où il est difficile de déterminer les obligations auxquelles il est nécessaire de se conformer ».

Cela semble impliquer que les entreprises étrangères sont, en général, exemptes des pressions exercées par la négociation et l'action collective et que ces actions ne pourraient être justifiées que pour créer le « noyau de normes minimales » de la Directive sur le détachement de travailleurs (voir ci-dessous). Même s'il était possible d'interpréter la directive sur le détachement de travailleurs d'une manière restrictive afin de déterminer quelles normes minimales obligatoires appliquer, pourquoi cela signifierait-il que les syndicats ne peuvent demander plus s'ils agissent de la même manière avec les entreprises nationales ? N'est ce pas une restriction inacceptable du droit à la négociation collective ?

Selon les experts, la jurisprudence du tribunal de Strasbourg sur la CSE assure que les syndicats, dans le cadre de la représentation de leurs membres contre un employeur dans une action primaire, ne peuvent pas, de cette manière, être limités dans leurs demandes.

obliger un sous-traitant polonais à appliquer les normes locales (qui s'appliquent aussi à tous ses concurrents allemands dans cette région).

⁶ Dans cette affaire portée devant la CEJ par la Commission européenne, elle se plaint, entre autre, du fait que le Luxembourg ait interprété trop largement le terme de « dispositions d'ordre public » situé dans l'article 3.10 de la Directive sur le détachement de travailleurs. Cet article permet aux Etats membres d'appliquer aux travailleurs détachés d'autres et conditions de travail que ceux mentionnés dans l'article 3.1 de la Directive tant qu'il s'agit de « dispositions d'ordre public ». L'Avocat général a déjà conclu, dans cette affaire, que le Luxembourg était allé trop loin. Il faut s'attendre à ce que la CEJ utilise cette affaire pour interpréter de manière restrictive ce qui peut être défini comme des « dispositions d'ordre public ».

Les points problématiques supplémentaires liés à l'arrêt Laval sont (liste non exhaustive ; questions posées dans les réponses au questionnaire Netlex) :

- Nous possédons des informations concernant plusieurs Etats membres (notamment l'Italie) dans lesquels des méthodes censées rendre les conventions collectives contraignantes ou applicables ne semblent pas clairement être affirmées dans la loi. Cela pourrait être aussi le cas dans d'autres Etats membres.
- L'affaire Laval est assez vague et imprécis quant à savoir si des conventions collectives (généralement contraignantes) lorsqu'elles fixent des normes supérieures aux normes minimales légales, sont reconnues par la CEJ comme des normes minimales applicables⁷. Si non, l'affaire Laval pourrait s'avérer avoir un impact encore plus important et plus désastreux pour un certain nombre de pays dans lesquels cette pratique est répandue (France, Belgique, Pays-Bas, etc.). Toutefois, il ne semble pas logique que la CEJ ait cela en tête puisqu'elle accepte clairement que les conventions collectives généralement contraignantes aient une valeur identique que les législations statutaires en termes de sécurité juridique et d'effet généralement contraignant sur les entreprises.
- Plusieurs affiliés ont demandé comment la CEJ gérerait la situation d'un pays qui aurait qualifié, partiellement ou totalement, son droit du travail de dispositions d'ordre public aux termes de l'article 3.10. Comme cela est mentionné ci-dessus, une affaire récemment portée devant la CEJ a donné un élément (troublant) de réponse à ce sujet.
- Nos collègues français ont attiré notre attention sur le danger potentiel de pratiques législatives « flexibles » lorsque des normes de plus en plus minimales sont vagues ou absentes dans les textes de loi et que le soin de trancher est laissé aux conventions collectives. Cela pourrait avoir des effets négatifs sur la possible application de ces normes à des travailleurs détachés.

Proposition de réponse de la CES :

A court-terme :

a. Rendre les systèmes nationaux imperméables aux affaires Laval et Viking

La CES avec le soutien de Netlex/ETUI :

- Enquêtera avec ses affiliés sur leurs systèmes nationaux afin de clarifier les dangers potentiels

⁷ Voir entre autres le motif 78 de l'arrêt Laval

- Elaborera des lignes directrices, à partir de l'interprétation des affaires Laval et Viking, concernant la manière de prévenir/remédier à de possibles problèmes

b. Appel aux Etats membres afin qu'ils transposent et mettent en œuvre la totalité de la Directive sur le détachement de travailleurs

De nombreux Etats membres n'utilisent pas au maximum le champ d'application actuel de la Directive sur le détachement de travailleurs interprétée par la CEJ.

Par exemple, ils n'ont pas utilisé l'option destinée à appliquer **toutes** leurs conventions collectives généralement contraignantes aux travailleurs détachés ou n'ont pas trouvé bon d'appliquer d'autres dispositions de d'ordre public à ces travailleurs.

Ils devraient prendre des mesures afin de mieux appliquer la définition d'un travailleur détaché, à savoir le fait qu'il ou elle doit être habituellement employé dans l'Etat membre d'origine et pas seulement recruté pour être ensuite détaché à l'étranger.

Ils devraient aussi adopter une meilleure réglementation nationale afin d'empêcher les sociétés « boîtes aux lettres » etc. d'agir depuis l'étranger et ainsi éviter toute application de la réglementation de l'Etat membre d'accueil.

c. Demande d'adoption urgente de la Directive sur les travailleurs intérimaires

Pour les travailleurs intérimaires, cela pourrait au moins permettre l'introduction d'un principe clair d'égalité de traitement avec les autres travailleurs de la société utilisatrice.

A moyen-terme :

Etudier la révision de la Directive sur le détachement de travailleurs en vue de sa simplification et de son renforcement.

A diverses occasions depuis 2003, la CES a attiré l'attention sur de possibles améliorations de la Directive sur le détachement de travailleurs tout en étant prudent quant à la nécessité d'une révision.⁸

L'arrêt Laval est peut-être un signal annonçant la nécessité de certaines révisions. Toutefois, il est important d'attendre les arrêts dans les affaires Ruffert et COM-vs-Luxembourg puisqu'ils pourraient soit apaiser soit accroître l'inquiétude.

Les points suivants devraient être abordés :

- L'introduction d'une délimitation temporelle lors de la définition d'un travailleur détaché, donc le moment où un travailleur cesse d'être un « travailleur détaché » (c'est-à-dire être habituellement employé par le prestataire de services dans l'Etat membre d'origine et être seulement détaché temporairement dans

⁸ Positions de la CES en 2003, 2006 et 2007, voir le site Internet de la CES

- un autre Etat membre) qui est uniquement couvert par les règles obligatoires de l'Etat membre d'accueil via la Directive sur le détachement de travailleurs et à quel moment il peut être considéré comme un travailleur déménageant dans un autre Etat membre dans le cadre de la « libre circulation des travailleurs », qui devient indéniablement un membre du marché du travail de l'Etat membre d'accueil et doit donc être traité pleinement et équitablement selon les règles de l'Etat membre d'accueil (un délai limite de 3 mois) ;
- Rendre obligatoire ce qui n'est actuellement qu'« optionnel » pour les Etats membres (ce qui permettrait l'application de toutes les conventions collectives généralement contraignantes aux travailleurs détachés, pas uniquement celles dans le secteur de la construction, etc.) ;
 - S'assurer que les conventions collectives de l'Etat membre d'accueil peuvent procurer des normes plus élevées que le minimum ;
 - Clarifier le fait que les sanctions législatives et l'activité des partenaires sociaux, dont l'action collective, peuvent être utilisées pour faire appliquer ces normes
 - Assurer un large champ d'application pour ce qui peut être considéré comme des « dispositions d'ordre public » que les Etats membres peuvent appliquer en plus du noyau des normes minimales de la Directive sur le détachement de travailleurs

De plus, la CES devrait demander un renforcement de la « Directive sur l'information » (qui concerne les informations minimales que des travailleurs doivent obtenir de leur employeur au regard de leur relation de travail) incluant toutes les dispositions liées à leur détachement.

III.3 Mobilité du travail : « Libre circulation des services » ou « libre circulation des travailleurs » ?

La plupart des travailleurs en Europe ont de plus en plus de ressentiment à l'égard de la concurrence déloyale des migrants et des travailleurs mobiles engagés par le biais de sous-traitants et d'agences et (donc) payés à un niveau inférieur. Ces inquiétudes sont particulièrement légitimes et devraient être sérieusement abordées afin de prévenir la xénophobie et un protectionnisme peu éclairé, le type de comportements contre lesquels la CEJ souhaite lutter.

Lors de la plupart des discussions jusqu'à maintenant, il a été demandé si et de quelle manière la directive sur le détachement de travailleurs devait être adaptée pour mieux garantir une égalité de traitement, en lieu et place d'une simple protection minimale.

Néanmoins, il est nécessaire de déterminer si la base juridique sur laquelle s'appuie cette directive et l'approche qu'elle suit (définissant le type de règle obligatoire que les Etats membres d'accueil doivent ou peuvent appliquer sans tenir compte de la loi applicable au contrat de travail entre le prestataire de service et le travailleur) permettraient de suivre une approche fondamentalement divergente.

Il existe certainement de bonnes raisons d'entamer un nouveau débat sur l'élargissement du champ d'application des dispositions relatives à la « libre circulation des services » dans le cadre des dispositions relatives à la « libre circulation des travailleurs » quand il est question de mobilité du travail au sein de l'UE.

Il serait intéressant d'étudier aussi ce point d'un point de vue historique. A l'origine, le déplacement de travailleurs au sein de l'UE était censé être régi par les articles du Traité relatifs à la « libre circulation des travailleurs » (39 à 42), des articles possédant une solide approche de non discrimination et d'égalité de traitement (liée à l'Etat membre d'accueil !) ainsi que (on pourrait dire sur la base de l'article 40.d) une référence claire à la nécessité de prévenir tout dumping social (l'article 40.d parle de « risques graves pour le niveau de vie et d'emploi dans les diverses régions et industries »).

Les articles sur la libre circulation des services étaient destinés à la libre circulation des prestataires de services et des professions indépendantes en partant de l'hypothèse que les personnes se déplaçant dans le cadre de prestations de services ne « feraient pas partie du marché du travail de l'Etat membre d'accueil ». La Directive sur le détachement de travailleurs est axée sur la garantie de normes minimales (règles obligatoires de l'Etat membre d'accueil) pour les travailleurs intérimaires censés être habituellement employés dans l'Etat membre d'origine. Elle est donc souvent considérée comme une clarification des articles de la Convention de Rome définissant la législation applicable aux contrats dont les contrats de travail font partie.

Récemment, on a pu noter une importante augmentation du nombre d'agences de travail temporaire et d'autres formes de « sous-traitance de main d'œuvre » proposant un nombre toujours plus grand de travailleurs aux sociétés utilisatrices transfrontalières (avec aucune notion du caractère « temporaire » de cet emploi et souvent aucune vérification du lieu de travail habituel, beaucoup de ces travailleurs sont simplement engagés pour cet emploi détaché !) et cela a certainement un effet sur les marchés du travail dans les Etats membres d'accueil !!

Ces activités « se cachent » derrière les paragraphes du Traité relatifs à la libre circulation des services et l'on peut se demander si le Traité souhaitait vraiment gérer ses énormes flux de citoyens et de travailleurs de l'UE grâce à la « libre circulation des services ».

Voici un aspect sur lequel la CES devrait mettre l'accent.

Ce que constitue essentiellement la mobilité des travailleurs devrait être couvert par les dispositions du traité qui ont été rédigées à cet effet.

Proposition de réponse de la CES :

A plus long terme :

Entamer une discussion sur la manière de limiter le champ d'application des dispositions du Traité relatives à la libre circulation des services au regard des services de main d'œuvre en faveur des dispositions relatives à la libre circulation des travailleurs.

Promouvoir un nouveau débat sur la réglementation liée à l'établissement d'un principe clair d'Etat membre d'accueil en termes de normes et de conditions de travail (ce qui a été proposé en 1972).

III.4. Des clauses sociales dans la législation régissant les marchés publics limitées par la Directive sur le détachement de travailleurs ?

Que ce soit dans l'affaire Laval ou dans l'affaire Rüffert à venir, les autorités publiques sont impliquées et les règles régissant les marchés publics sont en jeu.

Dans ces deux affaires, les autorités régionales ou locales ont fait de l'acceptation de conventions collectives locales l'une des conditions de l'attribution du marché au prestataire de services étranger. (dans l'affaire Laval, la CEJ n'a pas prêté suffisamment attention au fait que la communauté de Vaxholm possédait, dans sa réglementation régissant l'attribution de marchés publics, une clause demandant à entreprise d'appliquer une convention collective suédoise à ces travailleurs).

Les autorités publiques et l'obligation de lancer un appel d'offre pour des travaux de constructions et des services placent particulièrement ces autorités locales au cœur du problème.

Elles doivent accepter la meilleure offre (en principe la moins chère) et les critères sociaux ne peuvent être appliqués que d'une manière restrictive.

Dans le même temps, les entreprises locales (souvent des PME) dépendent réellement du travail fourni par les autorités publiques. Leur pérennité et l'emploi de leurs travailleurs est largement menacé si les entreprises étrangères peuvent les concurrencer dans des conditions qui ne leur sont pas accessibles (salaires étrangers) et/ou sont considérées inférieures aux normes socialement adaptées.

Proposition de réponse de la CES :

A court-terme :

- Il devrait être demandé aux affiliés de vérifier si et dans quelle mesure leur législation nationale régissant les marchés publics a introduit la possibilité d'appliquer des critères sociaux, particulièrement au regard des salaires et des conditions de travail ;
- Sur cette base, et en prenant en compte l'arrêt dans l'affaire Rüffert, la CES devrait étudier la nécessité de renforcer la réglementation-cadre européenne ;
- La CES devrait explorer les possibilités de collaborer avec le CEEP dans ce domaine puisqu'il existe ici clairement des intérêts communs.

IV. Une stratégie proactive des contentieux

a. La CES devrait créer un réseau des contentieux et un système de notification précoce

Il est urgent de s'assurer que la CES est informée, dès les premières phases, des affaires potentielles portées devant la CEJ grâce à une meilleure coopération entre l'UE et les syndicats et que les affiliés et/ou les experts académiques fournissent à la CES les informations générales et l'expertise juridique nécessaires au regard des systèmes nationaux afin que la CES puisse apporter un soutien adapté et opportun, par exemple en termes de propositions de notes et de demande aux Etats membres « amis » de transmission, à la CEJ, des positions favorables.

Il est proposé la création un groupe spécifique lié au réseau NETLEX, le réseau d'experts juridiques de la CES, qui pourrait être responsable de la surveillance de la jurisprudence au niveau national et européen en termes de droits syndicaux et des travailleurs et la mise en place d'un « système d'avertissement précoce ». Dans l'idéal, les membres de ce groupe identifieraient, à un stade précoce, les affaires concernées afin que la formulation de questions préliminaires à l'attention de la CEJ puisse être influencée et que les affaires potentiellement représentatives soient détectées.

Ce groupe serait composé d'un représentant de chaque membre de l'UE (27 membres) soit un expert juridique d'une organisation membre, soit un universitaire proposé par les affiliés. Les membres de ce groupe devront établir et maintenir des relations étroites avec les syndicats de leur pays. La Fédération syndicale européenne serait alors chargée de nommer un représentant puisque de nombreuses affaires possèdent une forte dimension sectorielle.

La CES demanderait à la Commission européenne d'augmenter le budget alloué à Netlex afin que ce groupe soit formé, puisse se réunir au moins une fois par an et que les principaux documents soient traduits. Au cours de cette réunion annuelle, il serait souhaitable qu'un échange d'informations et d'expertise soit organisé avec le groupe d'experts juridiques de l'ETUI-REHS.

Un site Internet protégé serait créé afin que les participants puissent échanger des informations concernant de nouvelles affaires nationales et les affaires en cours devant la CEJ pour plus d'efficacité et de rapidité.

b. Un rôle potentiel pour la CES au sein de la CEJ grâce aux tribunaux nationaux

La CES devrait, dans les affaires concernées impliquant une dimension européenne et syndicale forte, après consultation des parties, étudier la possibilité de demander à un tribunal national l'autorisation d'intervenir en qualité de « partie intéressée ». Une fois autorisée par un tribunal national

à soumettre une position, la CES devra être autorisée par la CEJ à participer à la procédure portée devant elle.

c. *Un droit indépendant à soumettre des positions à la CEJ au nom des partenaires sociaux européens*

Selon les règles de procédures de la CEJ, tous les Etats membres ont la possibilité de soumettre des positions dans les affaires portées devant la Cour.

Il n'est pas satisfaisant, même dans des affaires telles que Viking et Laval, affaire ayant trait à l'activité fondamentale des syndicats et des partenaires sociaux en général, qu'aucune place ne soit laissée aux partenaires sociaux européens bien qu'ils soient explicitement reconnus dans les Traités de l'UE comme colégislateurs etc.

La CES devrait affronter les institutions européennes à ce sujet et demander que la CEJ étudie au moins (sur la base du volontariat) la possibilité de notifier aux partenaires sociaux européens toutes les affaires ayant une dimension de politique sociale directe ou indirecte et, plus particulièrement, celles concernant l'interprétation, par les partenaires sociaux européens, des accords et leur permettre de soumettre des positions. A plus long-terme, les règles de procédure de la CEJ devraient être adaptées pour reconnaître le statut privilégié des partenaires sociaux en leur qualité d'acteurs institutionnels du Traité de l'UE et les autoriser, tout comme les Etats membres, à intervenir devant la CEJ.

d. *Une chambre sociale au sein de la CEJ ?*

Dans le passé, des réformes de la structure de la CEJ ont eu lieu. Les arrêts Viking et Laval pourraient être utilisés pour établir le bien-fondé de la création d'un tribunal spécial, la chambre sociale de la CEJ.

Proposition de réponse de la CES :

A court-terme :

- a. Créer un réseau des contentieux et un système de notification précoce au sein de Netlex
- Etudier la possibilité d'utiliser l'option préexistante permettant de demander l'accès aux tribunaux nationaux dans les affaires concernées, en consultant les affiliés concernés, afin de soumettre une position en qualité de partie intéressée et, de ce fait, d'avoir aussi accès à la CEJ

A plus long terme :

- Demander la modification des règles de procédure de la CEJ afin de permettre aux partenaires sociaux européens de soumettre des

positions dans des affaires concernant l'interprétation de leurs accords européens

- Etudier la possibilité de demander une réforme de la structure de la CEJ en vue de la création d'une chambre sociale.

V. Coordination des dimensions transnationales des négociations collectives

La CEJ, dans l'affaire Laval, n'accepte pas en suède la Lex Britannia. Selon cette loi, les conventions collectives déjà applicables à un employeur doivent être reconnues (donc dans ce cas, aucune action collective ne peut être menée pour appliquer une autre convention collective suédoise) sauf s'il s'agit d'un employeur étranger (dans ce cas une société lettone disposant d'une convention collective lettone) puisque cela est considéré comme de la discrimination. L'objectif clair de cette loi destinée à créer un climat de concurrence saine n'est pas reconnu comme une raison impérieuse d'intérêt général pouvant justifier une telle discrimination. Bien qu'il était prévu que la CEJ soit particulièrement critique à ce sujet, il est devenu encore plus urgent, pour la CES, d'élaborer une stratégie commune et coordonnée avec ses membres afin d'empêcher les conflits entre des conventions collectives dans des situations transfrontalières et les abus et manipulations pouvant en découler.

Proposition de réponse de la CES :

La CES devrait élaborer des lignes directrices sur le thème des effets extraterritoriaux des conventions collectives.

Elles seraient composées des éléments suivants (à développer) :

- Les affiliés devraient être prudents lorsqu'ils confèrent à leurs conventions collectives un champ d'application plus étendu que le territoire national
- Le cas échéant, cela doit se faire nettement au profit des travailleurs, par exemple en leur offrant le remboursement des frais de voyage entre leur Etat membre d'origine et celui d'accueil, des indemnités leur permettant d'affronter un coût de la vie supérieur dans l'Etat membre d'accueil etc., ce qui pourrait aussi montrer clairement que ces dispositions seraient limitées à des cas de détachement, à l'étranger, de travailleurs employés habituellement pour cette même société dans leur Etat membre d'origine ;
- La convention collective devrait probablement comporter une « clause la plus favorable » (similaire à celle de l'article 6 de la Convention de Rome) stipulant que la convention collective peut ne pas être interprétée afin de ne pas priver le travailleur de règles statutaires ou conventionnelles dans l'Etat membre d'accueil qui lui seraient plus favorables ;

- La convention collective ne devrait pas comporter de dispositions pouvant empêcher un travailleur d'être représenté, dans l'Etat membre d'accueil, par un syndicat de ce pays.

Il devrait être recommandé aux affiliés d'intensifier et d'améliorer la coordination transfrontalière (contacts bilatéraux et multilatéraux etc.).

Les accords bilatéraux relatifs à la manière de gérer les conventions collectives des uns et des autres peuvent être utiles (voir par exemple les Pays-Bas et la Belgique où, dans le secteur de la construction, un accord a été conclu par les syndicats afin de savoir quelles dispositions de leurs conventions collectives sont plus favorables aux travailleurs transfrontaliers).

Un point important à développer au sein de la CES et de ses affiliés est l'organisation, par les syndicats dans les Etats membres d'accueil, des travailleurs détachés, ce qui pourrait nécessiter l'élimination des entraves à toute adhésion dans l'Etat membre d'accueil et/ou l'introduction d'une double adhésion (dans l'Etat membre d'origine et d'accueil), en leur offrant des conseils dans leur propre langue, etc.

Une politique à plus long terme pourrait être d'élaborer des politiques et de conclure des accords coordonnés entre les syndicats de différents pays déterminant quelles législations et conventions collectives s'appliquent aux principaux sites possédant des dimensions transfrontalières (tels que le tunnel entre la Suède et le Danemark, etc.)
