Dessein et destin de quatre arrêts de la Cour de justice des communautés européennes

Peut-on maintenir la spécificité des modèles sociaux en Europe ?

Sylvaine LAULOM [1], Florence LEFRESNE [2]

L'Union européenne a progressivement vu émerger la question sociale d'un *no man's land* originel où la suprématie des objectifs économiques était clairement inscrite dans le traité de Rome. Les compétences sociales de l'Union ont été peu à peu étendues et des champs tels que l'information-consultation des salariés, l'égalité entre hommes et femmes, la santé et la sécurité, relèvent aujourd'hui de la codécision [3]. Néanmoins, le déséquilibre demeure profond entre des politiques économiques et structurelles fondées sur des compétences communautaires, et des objectifs sociaux encore trop peu assortis de dispositions contraignantes. Bien que la forte disparité des modèles sociaux ait été dès l'origine considérée comme une source de distorsion de la concurrence, la faiblesse des compromis entre Etats, soucieux de garder la main sur leur propre gouvernance interne, a fortement limité les ambitions harmonisatrices.

Face à cette diversité, largement renforcée par l'élargissement aux nouveaux pays entrants, l'Europe sociale s'apparenterait ainsi à une mission impossible. La *soft governance* européenne est de ce point de vue emblématique du *modus operandi* qui autorise la variété des configurations sociales en présence. Sans imposer directement de normes, elle s'appuie sur un certain nombre d'instruments et de pratiques dont la vocation est d'engendrer

1. Maître de conférences en droit, université de Saint-Etienne, CERCRID.
2. Chercheure IRES.
3. La procédure de codécision (article 251 du traité CE) a été instituée par le traité de Maastricht. Elle donne le pouvoir au Parlement européen d'arrêter des actes conjointement avec le Conseil de l'Union européenne.

une dynamique sinon de convergence, du moins de coordination. Or la plupart des bilans réalisés de ce qui constitue aujourd'hui la première expérimentation d'ampleur de la méthode ouverte de coordination – la stratégie de Lisbonne – montrent qu'en dépit de grands objectifs communs, ni les résultats obtenus, ni les principes d'action mobilisés ne convergent véritablement (Serrano Pascual, 2004 ; Zeitlin, Pochet, 2005 ; IRES, 2009). La polysémie des catégories mobilisées renvoie à une palette assez large de registres d'interprétation. Derrière les termes d'« activation des dépenses passives » ou de « flexicurité », se nichent des représentations et des politiques à géométrie suffisamment variable pour s'appliquer à des modèles aussi antinomiques que celui du Royaume-Uni ou du Danemark. Il y aurait ainsi une certaine fonctionnalité politique de la *soft governance* : l'affichage d'objectifs communs généraux permettrait de légitimer le maintien de systèmes sociaux très différents et entendant le rester [4].

Sans être fausse, une telle lecture évacue toutefois pour partie la déstabilisation qu'ont subie – à des degrés divers – les modèles sociaux européens, notamment sous l'effet des politiques néo-libérales menées dans chaque cadre national depuis les années 1980, mais aussi sous l'influence de l'Union européenne elle-même. Les canaux de cette influence sont bien entendu multiples (politiques communautaires, grandes orientations de politique économique, droit européen et directives, etc.). Nous choisissons d'en observer un en particulier, celui d'une institution normative, donc hors du champ de la *soft law,* dont la vocation est de veiller au respect du droit communautaire : la Cour de justice des Communautés européennes [5] (CJCE, *cf.* encadré).

Entre décembre 2007 et juin 2008, la CJCE a rendu quatre arrêts [6] qui infléchissent sensiblement les rapports entre droit européen et droit social national. A travers ces arrêts, la pérennité même de certains modèles sociaux, parmi les plus protecteurs pour les salariés, se trouve directement mise en cause. Par « modèles sociaux », nous entendons ici l'ensemble des spécificités nationales caractérisant les mécanismes collectifs de protection des salariés : droit de grève, nature des dispositifs conventionnels et modalités de fixation des minima salariaux.

La première partie de l'article campe les circonstances et analyse le contenu de ces arrêts. Elle souligne, d'une part, l'encadrement restrictif du droit de grève auquel ils conduisent, et d'autre part, la primauté des normes

4. C'est au nom de cette diversité de modèles sociaux que Nicolas Sarkozy, lors de son accession à la présidence de l'Union européenne en juillet 2008, a d'emblée écarté l'Europe sociale des objets de son mandat.
5. Rebaptisée « Cour de justice de l'Union européenne » depuis le 1er décembre 2009.
6. CJCE, 11 décembre 2007, aff. C-438/05, Viking. CJCE, 18 décembre 2007, aff. C-341/05, Laval un Partneri Ltd. CJCE, 3 avril 2008, aff. C-346/06, Rüffert. CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319/06, Commission c/ Grand-Duché de Luxembourg. Ces arrêts ont fait l'objet de nombreux commentaires (voir Laulom, 2008 et 2009 ; Jault-Seseke, 2008 ; Lhernould, 2008 ; Moizard, 2008 ; Robin-Olivier, Pataut, 2008 ; Rodière, 2008 ; Vigneau, 2008).

de libre prestation de service ou de liberté d'établissement sur celles de protection des salariés, que ces arrêts consacrent. L'évolution de la jurisprudence communautaire soulève à ce titre de fortes inquiétudes, alors même qu'une autre interprétation respectueuse, elle, de l'objectif d'amélioration des conditions de travail inscrit dans le traité CE [7] ainsi que des spécificités nationales des droits collectifs du travail, était tout à fait concevable, comme le montrent les conclusions divergentes des avocats généraux dans trois de ces arrêts [8]. La seconde partie de l'article envisage les effets d'une telle orientation du droit communautaire, en termes de fragilisation des dispositifs conventionnels (le cas suédois sert ici de point d'appui à l'analyse), et d'incitation au déploiement de stratégies plus agressives de recours à la sous-traitance internationale (les conflits observés au Royaume-Uni au cours de l'année 2009 en témoignent). L'urgence des réponses attendues par les salariés au plan européen contraste singulièrement avec l'inertie des institutions qui pourraient en être porteuses.

Encadré

La Cour de justice des Communautés Européennes

Chargée d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application » des traités, la CJCE est une institution très importante de l'Union européenne. Elle contrôle la légalité des actes des institutions de l'Union, veille au respect par les Etats membres de leurs obligations communautaires et assure l'interprétation uniforme du droit communautaire. Les arrêts commentés ont pour origine deux types de recours différents. Par le renvoi préjudiciel (arrêt Viking, Laval et Rüffert) la Cour, saisie par une juridiction nationale, précise un point d'interprétation du droit communautaire, ce qui doit permettre aux juges nationaux de vérifier la conformité de leur droit à la législation communautaire. Le recours en manquement (Luxembourg contre Commission) permet quant à lui de contrôler le respect par les Etats membres des obligations qui leur incombent en vertu du droit communautaire. Le recours peut être engagé par la Commission européenne ou un Etat membre. Si la Cour constate le manquement, l'Etat doit y mettre fin. Depuis le traité de Nice, La CJCE est composée d'un juge par Etat membre (actuellement 27) et de huit avocats généraux, tous nommés d'un commun accord par les Etats membres pour un mandat de six ans renouvelable. En pratique, chaque Etat nomme « son » juge. Une affaire ne peut être confiée à un juge ressortissant du pays concerné.

7. L'article 136 du traité CE fait de « l'amélioration des conditions de vie et de travail permettant leur égalisation dans le progrès », l'un des objectifs de la Communauté européenne. Il est repris par le traité de Lisbonne (art. 151 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne) dont l'entrée en vigueur est prévue au 1er décembre 2009.
8. Rappelons que les conclusions de l'avocat général sont la plupart du temps suivies par la Cour européenne.

I. Les brèches ouvertes par le droit communautaire

Les questions posées dans les quatre arrêts ne sont pas similaires. Les arrêts Viking et Laval mettent en jeu l'exercice du droit de grève dans une hypothèse de mobilité de la main-d'œuvre. C'est ainsi la capacité d'actions syndicales transnationales contre des formes de *dumping* social qui se trouve limitée. Les arrêts Laval, Rüffert et Commission c/ Grand-Duché de Luxembourg concernent la mise en œuvre de la directive de 1996, relative au détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services. L'objectif de ce texte était de parvenir à un équilibre entre l'exercice des libertés économiques garanties par le traité, et plus particulièrement la libre prestation de services, d'une part, et la protection des salariés pendant la période de leur détachement, d'autre part. A cette fin, la directive prévoit l'application à ces travailleurs d'un noyau dur de règles protectrices de l'Etat d'accueil. Ce dernier doit ainsi imposer l'application de ses règles nationales relatives aux périodes maximales de travail et aux périodes minimales de repos, aux périodes minimales de congés payés, à la sécurité, à la santé et à l'hygiène au travail, aux conditions de travail des femmes enceintes, à celles de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire, à l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes et aux taux de salaire minimal. La directive détermine également les conditions d'application de ces règles protectrices. Les taux de salaire minimal doivent être fixés par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives. Ce point est central car dans les pays où le salaire minimal n'est pas fixé par des conventions collectives d'*application générale* [9], la CJCE déclarera que le rôle protecteur de la directive ne peut s'appliquer et que les règles nationales tendant à favoriser l'application de ces minima salariaux sont incompatibles avec le droit communautaire. Le problème se pose notamment depuis que l'Union européenne a octroyé, à partir du 1er mai 2004, la libre circulation des services aux entreprises des pays d'Europe centrale et orientale où les salaires sont sensiblement plus bas (Math, 2006). Enfin, la directive ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres imposent des conditions de travail et d'emploi concernant d'autres matières mais à la condition que ces dispositions relèvent de l'exception d'ordre public, ce qui fera, là aussi, l'objet d'une interprétation restrictive par la CJCE.

Avant de voir comment ces arrêts admettent un contrôle judiciaire de l'exercice du droit de grève et comment ils remettent en cause des systèmes nationaux de relations professionnelles, il convient de présenter le contexte dans lequel ils ont été rendus. Les faits décrits méritent en effet que l'on s'y

9. « On entend par conventions collectives ou sentences arbitrales, déclarées d'application générale, les conventions collectives ou les sentences arbitrales qui doivent être respectées par toutes les entreprises appartenant au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territoriale de celles-ci » (directive 96/71/CE, art 3, § 8, alinéa 1).

arrête tant ils illustrent la mise en concurrence des marchés nationaux du travail auquel l'élargissement de l'Union européenne a contribué.

I.1. Des cas très significatifs de dumping *social*

Est en cause dans l'affaire Viking, l'immatriculation d'un ferry, le Rosella, appartenant à la société Viking et assurant la liaison maritime entre Tallinn et Helsinki. Le Rosella bat pavillon finlandais et les conditions de travail de l'équipage sont définies par le droit finlandais. Le Rosella subit la concurrence directe de navires estoniens qui assurent la même liaison et dont les équipages, soumis à la loi estonienne, sont moins rémunérés. Pour faire face à une exploitation devenue déficitaire, la société Viking envisage, en 2003, de changer le pavillon en l'enregistrant en Estonie afin de pouvoir conclure une nouvelle convention collective avec un syndicat établi dans cet Etat. Le syndicat finlandais, the Finnish Seamen's Union (FSU), s'oppose à ce projet à moins que Viking ne s'engage, indépendamment d'un éventuel changement de pavillon du Rosella, à continuer à respecter le droit finlandais et les conventions collectives applicables à bord du navire. Un accord collectif applicable expirant le 17 novembre 2003 et le syndicat n'étant alors plus soumis à l'obligation de paix sociale, FSU menace de faire grève. Parallèlement, elle alerte sur la situation l'organisation syndicale internationale à laquelle elle adhère : ITF (Fédération internationale des syndicats d'ouvriers employés dans le transport). ITF est très engagée dans la lutte contre les pavillons de complaisance, lorsque la propriété effective et le contrôle du navire se situent dans un pays autre que celui du pavillon sous lequel il est immatriculé. ITF envoie donc une circulaire à ses adhérents les invitant à ne pas négocier avec Viking Line : la propriété effective du Rosella est toujours située en Finlande, par conséquent, seul FSU doit pouvoir négocier. Face à la menace de grève, la société accepte d'abandonner momentanément son projet et s'engage à ne pas entamer la procédure de changement de pavillon avant le 28 février 2005. En 2004, l'Estonie devient membre de l'Union européenne. La société Viking prévoyant toujours un changement de pavillon saisit alors préventivement les juridictions britanniques (ITF a son siège à Londres) afin de faire déclarer les actions d'ITF et de FSU contraires à l'article 43 du traité CE, relatif à la liberté d'établissement, et d'ordonner à ITF de retirer sa circulaire et à FSU de ne pas entraver les droits de Viking Line à la libre circulation au regard du changement de pavillon du Rosella. La Cour d'appel pose alors une série de questions préjudicielles afin de définir les rapports entre liberté d'établissement et droit de grève.

C'est une autre forme de *dumping* social qui est en cause dans l'arrêt Laval, rendu une semaine après l'arrêt Viking. En mai 2004, l'entreprise Laval un Partneri, société lettone, remporte un appel d'offres pour la rénovation

d'une école à Vaxholm, en Suède, et elle détache des travailleurs lettons auprès de sa filiale de droit suédois. En juin 2004, une négociation est entamée avec le syndicat suédois des travailleurs du bâtiment et des travaux publics en vue de l'adhésion de Laval à la convention collective du bâtiment et de la détermination des taux de rémunérations. En Suède, en effet, il n'existe aucun mécanisme légal d'extension qui garantisse l'application des conventions collectives [10]. C'est à l'organisation syndicale de veiller à ce que chaque entreprise signe cette convention afin qu'elle devienne juridiquement contraignante. Rappelons à cet égard que le taux de syndicalisation en Suède dépasse 80 % et que le taux de couverture des salariés par des conventions collectives avoisine 90 %. Face à l'échec des négociations, en novembre 2004, le syndicat suédois Byggnads entame une action collective sous la forme d'un blocus sur l'ensemble des chantiers de Laval suédois. Le syndicat des travailleurs électriciens se joint au mouvement par solidarité en arrêtant tous les travaux en cours sur le chantier. Ces deux actions sont légales selon le droit suédois. La société Laval saisit alors les tribunaux d'un recours tendant à ce que le blocus et l'action de solidarité frappant ses chantiers soient déclarés illégaux, qu'il soit ordonné d'y mettre fin et que les organisations syndicales soient condamnées à la réparation du préjudice subi. La question est donc posée de la conformité des actions syndicales, ici, au regard des règles sur la libre prestation des services et de la directive 96/71 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services [11].

C'est toujours l'interprétation de la directive 96/71 qui est en jeu dans le troisième arrêt de la Cour. La loi du *Land* de Basse-Saxe relative à la passation des marchés publics prévoit que les contrats de travaux ne peuvent être attribués qu'aux entreprises qui s'engagent par écrit à verser à leurs salariés, au minimum, la rémunération prévue par la convention collective applicable. En effet, la détermination du salaire minimum dans le secteur de la construction est régie par une convention collective nationale prévoyant un salaire minimal et qui est déclarée d'application générale. Cette convention est complétée par des accords collectifs régionaux qui ne font pas l'objet d'une telle déclaration et qui fixent des niveaux de salaires plus élevés que la convention nationale ainsi qu'une grille des salaires plus détaillée (voir sur ce point les conclusions de l'avocat général). La loi en cause cherche donc à favoriser l'application de tels accords régionaux par le mécanisme traditionnel de la passation des marchés publics. L'adjudicataire

10. Par ailleurs, compte tenu d'une tendance à la décentralisation des négociations collectives, les accords collectifs ne comportent pas toujours explicitement de taux de salaire minimum, renvoyant ainsi implicitement aux accords d'entreprise, si bien qu'un même secteur peut comporter plusieurs normes de taux horaires minimum (Mantz, 2006).
11. Sur les problèmes posés par le détachement des travailleurs dans le cadre de prestations de services transnationales voir Math (2005). Notons que les arrêts donnent une visibilité ponctuelle à une réalité économique et sociale qui échappe pour une très large part à tout contrôle syndical.

doit également s'engager à ce que les sous-traitants respectent cette obligation. Le non-respect de cette obligation est sanctionné par le paiement d'une pénalité contractuelle. Selon l'exposé des motifs de cette loi, il s'agit de lutter précisément contre le *dumping* social : « La présente loi combat les distorsions de la concurrence qui apparaissent dans le secteur de la construction et des transports publics locaux en conséquence de l'emploi de main-d'œuvre à bon marché et atténue les charges qui en résultent pour les systèmes de protection sociale. » [12]

En l'espèce, après appel d'offres, le marché de la construction d'un établissement pénitentiaire est attribué à la société Objekt und Bauregie qui a recours aux services d'une entreprise de sous-traitance établie en Pologne. Il s'avèrera ultérieurement que cette entreprise ne respecte pas la convention collective applicable : les salariés travaillant sur ce chantier ne perçoivent que 46,5 % du salaire minimal prévu par cette convention. En vertu de la loi relative à la passation des marchés publics, le contrat de sous-traitance est résilié et la société polonaise est condamnée en première instance à payer une pénalité. Pour la Cour, cette loi est contraire à la directive 96/71 du 16 décembre 1996, interprétée à la lumière de l'article 49 CE qui pose le principe de la libre prestation de services.

Aucun cas précis de *dumping* social n'était en cause dans le dernier arrêt où le Luxembourg faisait l'objet d'une action en manquement du fait d'une transposition imparfaite de la directive de 1996. La directive autorise, en effet, les Etats membres à appliquer, en dehors du noyau dur de dispositions impératives, leurs conditions de travail et d'emploi si elles sont d'ordre public. Le Luxembourg a très largement utilisé cette faculté et le recours en manquement permet à la Cour de confirmer son interprétation restrictive de la directive.

Les questions juridiques ne sont pas identiques dans les trois arrêts. Dans les arrêts Viking et Laval, c'est le droit de mener des actions collectives qui est en cause, mais l'arrêt Laval met également en jeu la directive de 1996 de même que l'arrêt Rüffert et Commission contre Luxembourg.

I.2. Un droit de grève à la fois reconnu et encadré de façon plus restrictive

Si le raisonnement de la Cour de Justice dans les arrêts Laval et Viking est contestable, les arrêts contribuent également, de manière non négligeable, à la reconnaissance de droits sociaux. En effet, la Cour commence par admettre que « le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, doit donc être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect ». Dans l'arrêt Laval, ce droit englobe également

12. http://cdl.niedersachsen.de/blob/images/C13524712_L20.pdf.

des actions de blocus et de solidarité. C'est en se fondant notamment sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne que la Cour reconnaît ainsi, pour la première fois, l'existence d'un tel droit dans l'ordre juridique communautaire. Dans cette perspective, les arrêts Laval et Viking constituent sans nul doute une avancée importante dans la reconnaissance de la normativité de droits sociaux fondamentaux.

Néanmoins, ce statut de droit fondamental ne le soustrait pas, comme le soutenaient les organisations syndicales, à l'application du droit communautaire, et comme tout droit fondamental, le droit de mener des actions collectives peut être soumis à certaines limites, notamment lorsqu'il faut le concilier avec l'exercice d'autres ibertés. Dans ces deux arrêts, la Cour va donc analyser les actions collectives au regard des principes établis pour apprécier les atteintes à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services : les actions collectives constituent-elles des restrictions à l'exercice de ces libertés, peuvent-elles être justifiées et sont-elles proportionnées, c'est-à-dire, selon les termes de la jurisprudence communautaire, aptes à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et n'allant pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif ?

Un autre angle d'analyse aurait pu être adopté (Bercusson, 2007). Dans ces arrêts, la Cour part des libertés d'établissement et de prestation de services pour analyser si l'atteinte qui leur est portée peut être justifiée. Mais initialement, les actions des sociétés Viking et Laval tendent d'abord à limiter l'exercice du droit de mener des actions collectives par les organisations syndicales. N'aurait-il pas plutôt fallu, dès lors que le droit de mener des actions collectives est reconnu comme faisant partie intégrante du droit communautaire, analyser si les atteintes que les sociétés Viking et Laval entendaient porter à l'exercice de ce droit pouvaient être justifiées ? Ce n'est cependant pas la voie choisie. La Cour de justice, dans ses arrêts, reproduit un schéma d'analyse dépassé fondé sur une hiérarchie au profit des libertés économiques, alors qu'il s'agit au contraire d'intégrer « des exigences contradictoires d'égale dignité constitutionnelle qui découlent de l'ordre communautaire » (Azoulai, 2008:29). Si certains arrêts ont pu parvenir à une telle conciliation, les arrêts Viking, Laval, Rüffert et Commission c/ Luxembourg témoignent des difficultés à instaurer des cadres d'interprétation nouveaux.

Si l'on applique à l'action collective les principes définis par la Cour en matière de liberté d'établissement ou de libre prestation de services, sans tenir compte de la spécificité du droit de mener des actions collectives, la conclusion s'impose : l'action collective est par définition restrictive de droits et elle restreint la liberté d'établissement et la libre prestation de services. Dans l'affaire Viking, l'objet même des actions d'ITF et de FSU est d'empêcher le changement de pavillon. C'est le raisonnement suivi par

la Cour : « Il ne saurait être contesté qu'une action collective telle que celle envisagée par FSU a pour effet de rendre moins attrayant voire inutile (…), l'exercice par Viking de son droit de libre établissement, en ce qu'elle empêche cette dernière ainsi que sa filiale Viking Eesti de bénéficier, dans l'Etat membre d'accueil, du même traitement que les autres opérateurs économiques établis dans cet Etat. » Le fait que l'objet de l'action ne vise pas tant à éviter que la société Viking use de son droit à s'installer en Estonie qu'à éviter qu'elle applique les conditions salariales estoniennes n'est absolument pas pris en compte ici par la Cour. Au contraire, cette dernière retient qu'il y a bien restriction car l'action syndicale rend précisément sans objet l'usage de la liberté d'établissement ! C'est à la même conclusion que parvient la Cour dans l'arrêt Laval.

Toujours dans le cadre de l'approche communautaire des restrictions à une liberté fondamentale, la CJCE apprécie ensuite si la restriction peut être justifiée et proportionnée. Or si dans l'arrêt Viking, elle semble admettre que l'action est bien justifiée par l'objectif de protection des travailleurs, c'est à une autre conclusion qu'elle aboutit dans l'arrêt Laval.

Après avoir reconnu que le droit de grève est un droit fondamental faisant partie des principes généraux du droit communautaire, la Cour de justice reconnaît un autre élément essentiel. La Communauté a une double finalité, économique et sociale, et parmi les objectifs poursuivis par la politique sociale figure l'amélioration des conditions de vie et de travail. L'action collective dans un but de protection des travailleurs est donc justifiée, la restriction à la liberté d'établissement qu'elle entraîne est légitime. De même dans l'arrêt Laval, elle admet que le droit de mener une action collective afin de protéger les intérêts des travailleurs de l'Etat d'accueil contre une éventuelle pratique de *dumping* social peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général de nature à justifier, en principe, une restriction à une liberté fondamentale garantie par le traité. Le contrôle pourrait être minimal, dans la mesure où l'objet même d'une action collective est la défense des droits des salariés. Pourtant, la Cour semble exiger un contrôle plus poussé des juges nationaux. De son point de vue, en effet, c'est à la juridiction nationale de vérifier si les buts poursuivis par FSU et ITF au moyen de l'action collective engagée par ces derniers concernaient la protection des travailleurs. Mais la Cour délivre une indication : il conviendra de vérifier si les emplois étaient bien compromis et menacés par le changement de pavillon. Si l'engagement pris par la société Viking de maintenir les conditions de travail était juridiquement contraignant, il faudrait alors admettre que l'action n'avait pas pour objet la protection des emplois ou des conditions de travail.

Enfin, la Cour contrôle la proportionnalité de l'action collective, c'est-à-dire si l'action est apte à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et

ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. Là encore, tout en reconnaissant que cette appréciation relève en dernier lieu du juge national, elle délivre des indications assez précises sur le contrôle qui devra être effectué. Concernant l'action de FSU, elle reconnaît que les actions collectives et les conventions collectives peuvent constituer l'un des moyens principaux pour les syndicats de protéger les intérêts de leurs membres. La juridiction de renvoi devrait vérifier si FSU, au regard de la législation nationale et du droit conventionnel, ne disposait pas d'autres moyens, moins restrictifs de la liberté d'établissement, de faire aboutir la négociation collective et si ce syndicat avait épuisé ces moyens avant d'engager une telle action. Concernant l'action d'ITF, la Cour semble plus réticente à admettre sa légitimité car, dans le cadre de sa politique de lutte contre les pavillons de complaisance, ITF ne vérifie pas si le changement de pavillon est susceptible d'avoir des conséquences préjudiciables sur l'emploi ou les conditions de travail.

L'arrêt suscite deux interrogations essentielles : la première sur le principe même d'un contrôle judiciaire sur les actions collectives, la deuxième sur l'intensité de ce contrôle. En appliquant les principes, issus de la jurisprudence sur les restrictions à la liberté d'établissement, à l'exercice du droit de grève, la Cour engage les juridictions nationales à opérer un contrôle des motifs du recours à la grève, lorsque son exercice entre en conflit avec l'une des libertés garanties par le traité. Au-delà des motifs, le contrôle devrait également porter sur l'opportunité même de déclencher un mouvement de grève qui ne pourrait intervenir qu'en dernier recours. L'application stricte des principes définis par la CJCE pour apprécier les restrictions à la liberté d'établissement ne tient aucun compte de la spécificité du droit de grève. L'exercice du droit de grève est lié, la Cour le reconnaît elle-même, à la négociation collective. C'est la raison pour laquelle, en France notamment, la Cour de cassation rejette en principe tout contrôle de la légitimité ou du caractère raisonnable du recours à la grève. La conception de la grève comme ultime recours n'est d'ailleurs pas retenue. Au nom de la liberté d'établissement, la CJCE entraîne ainsi les juges nationaux dans un périlleux contrôle du recours à l'action collective transnationale et peut conduire à un nouvel encadrement du droit de grève. Par là même, l'arrêt pose également la question de l'intensité de ce contrôle et de la marge de manœuvre dont devront disposer les juridictions nationales. Certes la Cour admet largement la légitimité du recours à la grève, mais elle laisse la porte ouverte à des appréciations nationales plus ou moins strictes des motivations des mouvements. Rendu une semaine après, l'arrêt Laval confirme les craintes que pouvait susciter sur ce point l'arrêt Viking.

Si les arrêts de la Cour reconnaissent donc le droit de mener des actions collectives comme un droit fondamental dont la Cour assure le respect, la

confrontation de ce droit avec les principes issus de la jurisprudence sur la liberté d'établissement conduit à un contrôle du droit de grève qui méconnaît les particularités de ce droit collectif. Dans l'arrêt Laval, le droit de grève est également limité mais sur un autre fondement : l'application de la directive de 1996.

I.3. Les dérives de l'interprétation de la directive de 1996

Les arrêts Laval et Rüffert posaient une autre difficulté tenant à l'interprétation de la directive de 1996. Ainsi dans l'arrêt Laval, les syndicats mènent une action collective pour obliger le prestataire de services à respecter les salaires minima définis par des conventions collectives, qui s'appliquent de fait à la quasi-totalité des employeurs de la branche concernée, mais qui juridiquement ne sont pas obligatoires. Pour la Cour qui, sur ce point est en contradiction avec l'avocat général, la convention collective à laquelle les organisations syndicales suédoises veulent que l'entreprise adhère va au-delà du noyau dur de règles protégées par la directive de 1996. Par ailleurs, la négociation salariale s'inscrit dans un contexte national marqué par l'absence de dispositions suffisamment précises et accessibles, ce qui rend difficile pour l'entreprise la détermination des obligations qu'elle devrait respecter en termes de salaire minimal. L'entrave que ces actions collectives entraînent ne saurait donc être justifiée au regard de l'objectif de protection des travailleurs détachés.

L'arrêt de la Cour est extrêmement troublant. Celle-ci semble considérer qu'une action syndicale dont les revendications vont au-delà de ce qui est prévu par la directive 96/71 ne peut être justifiée au regard de l'objectif pourtant légitime de protection des travailleurs détachés. Il s'agit là d'une réduction considérable et difficilement admissible des capacités revendicatives des organisations syndicales. L'arrêt par ailleurs ne tient aucun compte de la spécificité du système suédois de fixation des taux de salaire minimal. L'une des conséquences est que non seulement les entreprises étrangères prestataires de services n'ont pas à respecter de taux conventionnels de salaire minimal que les entreprises suédoises, de fait, respectent, ce qui contredit l'objectif de la directive, mais également que les organisations syndicales ne peuvent engager d'actions pour les inciter à adhérer aux conventions collectives suédoises.

Tout aussi choquant est le résultat du raisonnement de la Cour européenne dans l'arrêt Rüffert. Dès lors que la convention collective en cause n'est pas d'application générale, elle ne fixe pas un taux de salaire minimal tel que défini par la directive (article 3, § 1) et les Etats ne peuvent donc en imposer l'application. Certes, selon son article 3, § 7, la directive ne fait pas obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs, mais cet article, selon la Cour, autorise simplement

l'application volontaire de conditions de travail plus favorables. Un « Etat membre n'est pas en droit d'imposer, en vertu de la directive 96/71, aux entreprises établies dans d'autres Etats membres, par une mesure telle que celle en cause au principal, un taux de salaire comme celui prévu par la convention collective Bâtiment et travaux publics ». Un tel taux de salaire ne peut être considéré comme un taux de salaire minimal au sens de la directive.

La protection offerte par la directive aux travailleurs détachés suppose ainsi que les règles nationales, dont l'Etat membre peut exiger le respect existent sous la forme d'une règle étatique classique ou d'une règle négociée et étendue. Or les arrêts Laval et Rüffert démontrent que les règles déterminant les minima salariaux peuvent prendre d'autres formes, mais la Cour dénie à ces règles toute protection, alors même qu'elles peuvent limiter des formes de *dumping* social comme les faits de ces arrêts le montrent très clairement.

Pour la Cour, cette interprétation de la directive de 1996 est confirmée par l'article 49 CE. La loi de Basse-Saxe constitue en effet une restriction à la libre prestation des services car elle impose aux « prestataires de services établis dans un autre Etat membre où les taux de salaire minimal sont inférieurs, une charge économique supplémentaire qui est susceptible de prohiber, de gêner ou de rendre moins attrayante l'exécution de leurs prestations dans l'Etat membre d'accueil ». Traditionnellement, de telles restrictions peuvent être justifiées par un objectif de protection des travailleurs. Mais pour la Cour, on ne pouvait pas considérer que la mesure en cause poursuivait un tel objectif. En effet, elle s'adresse uniquement aux marchés publics. Or, toujours pour la Cour, rien ne permet de conclure que la protection ainsi accordée à ces travailleurs, d'un taux de salaire qui excède le taux de salaire minimal national, n'est « nécessaire à un travailleur actif dans le secteur de la construction que lorsque ce dernier est employé dans le cadre d'un marché public de travaux et non lorsqu'il travaille dans le cadre d'un marché privé » ! Au motif que la loi ne concerne que les marchés publics, la Cour parvient ainsi à nier qu'une mesure favorisant le paiement d'un salaire supérieur constitue une mesure de protection des salariés.

Le raisonnement de la Cour conduit à admettre, au nom de la libre prestation des services et d'une libre concurrence mal comprise, que les travailleurs polonais détachés soient payés en l'espèce 53,5 % de moins que les travailleurs qui vont, eux, bénéficier de la convention collective de Basse-Saxe. Nul doute également qu'un tel arrêt ne puisse conduire à affaiblir l'application de cette convention collective. Le plombier polonais n'était donc pas un mythe.

Comme le montrent les conclusions de l'avocat général, un autre raisonnement, s'appuyant sur les objectifs de la directive de 1996, était tout

à fait concevable. Rappelons ici que selon son préambule, cette dernière vise à « développer la libre prestation des services entre les Etats membres, tout en assurant une concurrence loyale entre les entreprises prestataires de services et en garantissant le respect des droits des travailleurs ». Si la solution de la CJCE appuie un développement de la libre prestation des services, elle est loin d'assurer une concurrence loyale et *a fortiori* le respect des droits des travailleurs. Il convient ici de rappeler ce que la Cour semble superbement ignorer. L'une des fonctions premières des conventions collectives est d'égaliser, sur un marché du travail régional ou national, les conditions de concurrence et l'objectif de loi de Basse-Saxe était bien de favoriser cette concurrence loyale en évitant celle qui joue les salaires à la baisse. Plus grave, l'arrêt de la CJCE fait prévaloir le principe de la libre prestation des services sur l'objectif, pourtant inscrit dans la directive de 1996 et surtout dans le traité, de protection des salariés.

Enfin, l'arrêt Commission c/ Luxembourg confirme l'interprétation restrictive de la directive de 1996. Le Luxembourg est condamné pour avoir interprété beaucoup trop largement la notion d'ordre public qui permet de faire appliquer aux travailleurs détachés des mesures exclues du noyau dur de la directive. Le Luxembourg a en effet utilisé cette possibilité pour inclure dans sa transposition de la directive du 20 décembre 2002 les règles suivantes : adaptation automatique de la rémunération au coût de la vie, exigence d'un contrat écrit, respect de la réglementation du temps partiel et du travail temporaire, application des conventions collectives. La Cour rappelle à cet effet que « l'exception d'ordre public constitue une dérogation au principe fondamental de la libre prestation de services, devant être entendue strictement ». La loi luxembourgeoise impose également aux employeurs qu'ils doivent, « avant le commencement des travaux », rendre accessibles à l'inspection du travail « sur simple demande et dans le plus bref délai possible, les indications essentielles indispensables à un contrôle », une contrainte jugée également excessive par la Cour. Soulignons qu'il s'agit, avec cet arrêt, de la condamnation ni plus ni moins d'un Etat, présenté à la justice par la Commission elle-même.

Les arrêts Laval, Viking, Rüffert et Commission c/ Luxembourg démontrent aujourd'hui l'incapacité de la directive de 1996, telle qu'interprétée par la Cour, à parvenir à un réel équilibre entre la libre prestation des services et l'objectif de protection des travailleurs, et à éviter la mise en concurrence des systèmes nationaux de droit du travail. Ces trois arrêts et l'arrêt Viking témoignent également d'une immixtion inattendue et inopportune dans les systèmes nationaux de relations professionnelles, confrontés à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services. L'Europe qui prend forme à travers ces arrêts témoigne enfin d'une Europe sociale subordonnée à l'Europe économique (Supiot, 2008), alors même

que les traités actuels ne consacrent plus l'hégémonie de cette dernière. Dans le rapport entre libertés économiques et droits sociaux, ces derniers ne sont analysés que comme des exceptions aux libertés économiques dont la suprématie est ainsi affirmée. Ces quatre arrêts font ainsi peu de cas de l'article 136 CE. Où est cette égalisation dans le progrès pour les salariés polonais détachés et pour les salariés allemands, de fait soumis à cette concurrence ? Les arrêts font peu de cas également de l'objectif de promotion du dialogue social qui est au cœur de la politique sociale européenne. Ils emportent une autre conséquence assez paradoxale. Le droit de la libre circulation des travailleurs, qui constitue l'une des libertés fondamentales de l'Union européenne, s'est construit sur le principe d'égalité de traitement entre les travailleurs nationaux et les travailleurs européens. Or ici, l'inégalité entre les travailleurs détachés et les travailleurs nationaux n'est en aucune manière prise en considération.

II. Enjeux nationaux et défis européens liés à l'évolution du droit communautaire

Rétifs à reconnaître les spécificités nationales des règles de protection des salariés, les quatre arrêts de la CJCE ne restent pas sans conséquence sur ces dernières. En septembre 2008, le conseil des ministres du Luxembourg adopte ainsi un projet de loi visant à mettre le code du travail en conformité avec le droit communautaire du détachement tel qu'interprété par la CJCE. Le projet supprime certains éléments litigieux de la notion d'ordre public social et revoit à la baisse les obligations administratives auxquelles sont soumises les entreprises qui détachent du personnel au Luxembourg. L'exemple suédois, présenté ci-dessous, montre que les ajustements imposés dans le cadre national peuvent conduire à infléchir le modèle social lui-même. En tout état de cause, la jurisprudence communautaire ouvre la porte à une prolifération de recours à la sous-traitance internationale de plus en plus ouvertement fondée sur la mise en concurrence des collectifs de travail, en partie renforcée par la récession actuelle. A travers la brèche qu'elle ouvre dans le principe de souveraineté nationale en matière de droit social et de protections des salariés, cette jurisprudence conduit à poser dans des termes renouvelés la question de l'Europe sociale.

II.1. Tentatives d'ajustement national aux arrêts : l'exemple suédois

Après l'arrêt rendu dans l'affaire Laval, le gouvernement suédois a mis en place une commission, composée d'experts juridiques, du directeur de l'Office national de médiation [13], d'un représentant du ministère de

13. Il s'agit de l'autorité responsable des activités de médiation du gouvernement central en matière d'emploi et de salaires (*Medlingsinstitutet*). Pour une présentation en anglais : http://www.mi.se.

l'Industrie et d'un groupe de référence formé de représentants des partenaires sociaux. Rendues publiques en décembre 2008, les propositions de cette commission témoignent du souci de préserver le modèle suédois de régulation sociale à travers l'autonomie des partenaires sociaux, en même temps qu'elles laissent en grande partie indéterminé l'ajustement dudit modèle au droit européen. En premier lieu, la commission suggère que les syndicats ne soient plus autorisés à engager une action collective pour contraindre une entreprise étrangère implantée en Suède à adhérer à la convention collective relevant de la branche, dès lors que l'employeur peut apporter la preuve qu'il souscrit aux conditions minimales requises par la directive 96/71. Il s'agit en cela d'une restriction importante à une disposition légale encadrant l'action collective en Suède, la *Lex Britannia* [14]. C'est précisément sur cette disposition particulière du droit du travail suédois que s'était appuyée l'action collective menée à Vaxholm. De quoi s'agit-il exactement ?

A la suite d'un jugement de la Cour du travail suédoise, un amendement a été porté, le 1er juillet 1991, à la principale loi qui régit la pratique du dialogue social, la loi sur la participation des salariés à la vie professionnelle (*Medbestämmandelagen MBL*). L'amendement *Britannia*, du nom du ferry-boat au centre du jugement initiateur, donne aux organisations syndicales le droit d'entreprendre des actions revendicatives dès lors qu'une entreprise étrangère opérant en Suède avec sa propre main-d'œuvre refuse de signer une convention collective suédoise. Cette disposition s'applique même si l'entreprise est liée par une convention collective dans son pays d'origine. Elle garantit ainsi la primauté des conventions conclues entre un employeur étranger et les organisations syndicales suédoises. Rappelons que pour les salariés couverts par les accords collectifs, la grève est encadrée, en Suède, par une obligation de paix sociale. La seule dérogation, qui s'est précisément appliquée dans le cas du conflit de Vaxholm, concerne les actions de solidarité sur le plan national ou international.

Mise en place par un gouvernement social-démocrate, la *Lex Britannia* est loin de refléter l'image de ce consensus que l'on plaque trop souvent sur la vie politique et sociale suédoise. Largement sous la pression de la Confédération des employeurs (SAF), les partis du centre-droit avaient quant à eux promis d'abroger l'amendement s'ils remportaient les élections générales de l'automne 1991. Lors de la Conférence de l'OIT de la même année, le représentant des employeurs, Johan von Holten, avait même été jusqu'à déposer une plainte dans le but de pousser l'OIT à créer une commission d'enquête sur la Suède, au motif que la *Lex Britannia* était contraire aux conventions 87 (protection du droit syndical), 98 (droit d'organisation

14. Voir Thomas Brunk, *EIROonline*, 12 February 2009 : http://www.eurofound.europa.eu/eiro/2009/01/articles/se0901029i.htm.

et de négociation collective) et 147 (normes dont relevait la marine marchande) de l'OIT. Le comité d'experts indépendants de l'OIT parviendra à la conclusion que l'amendement n'est en rien contraire aux normes internationales du travail.

Installés au gouvernement à l'automne 1991, les partis du centre-droit n'ont pourtant pas tenu leurs engagements d'abroger l'amendement, estimant finalement que la détérioration des relations professionnelles qu'il en coûtait risquait d'hypothéquer le « oui » au référendum sur l'adhésion à l'Union européenne. Notons que la réponse de l'Union à la demande d'adhésion du gouvernement suédois, présentée la même année, ne formule aucune réserve ni objection concernant l'amendement. Un tel blanc-seing européen n'a toutefois pas empêché le patronat suédois et sa principale organisation de continuer à mener un combat virulent contre cette disposition particulière du droit social. On oublie souvent, dans l'évocation du modèle nordique, de mentionner les affrontements souvent rudes et pugnaces qui précèdent ou même traversent les compromis entre acteurs et dont témoigne cet encadrement particulier du dialogue social qui atteint aujourd'hui un certain degré de fragilisation. L'ironie de l'histoire vient ici du fait que le patronat suédois, sur ce point jusqu'à présent isolé, voit désormais sa position renforcée par la juridiction européenne puis par le droit national cherchant des ajustements possibles pour tenir compte de l'arrêt (Davesne, 2009). Mais concrètement comment cela va-t-il se passer ?

La commission chargée de réfléchir aux suites de l'arrêt Laval propose d'accorder un rôle plus important à l'Agence nationale des conditions de travail (*Arbetsmiljöverket*) comme bureau de liaison : chaque accord collectif lui sera communiqué pour information (information notamment transmise aux employeurs utilisant le détachement) et chaque conflit lui sera soumis au préalable afin d'en estimer le bien-fondé et la nature. Une brèche est ainsi potentiellement ouverte dans l'exercice du droit de grève lui-même.

Dans le même temps, la commission demande que les accords collectifs, apanage exclusif des partenaires sociaux à l'abri de l'Etat, trouvent des modalités de fonctionnement compatibles avec les obligations communautaires. Sans le dire explicitement, elle suggère ainsi d'aller vers un principe de portée universelle des accords collectifs et donc d'opposabilité aux entreprises installées temporairement en Suède. Elle suggère également que soient étendues les dispositions d'ordre public qui figurent dans la loi sur le travail exercé hors du pays (*Utstationeringslagen*) qui mériteraient d'intégrer des règles portant sur le travail de nuit ou sur les temps de pause. Enfin, la commission souhaite qu'un travailleur puisse demander à bénéficier des avantages d'un accord collectif même s'il n'est pas membre du syndicat signataire. On peut percevoir ici une entorse significative à la règle de l'adhésion syndicale comme préalable à l'accès à certains droits sociaux. Dans

le champ de l'assurance chômage, le projet gouvernemental d'instaurer une assurance obligatoire, en lieu et place de l'adhésion libre et facultative à une caisse syndicale, relève de visées similaires (Jolivet, Mantz, 2008). C'est le fondement même de la syndicalisation qui pourrait avoir à en pâtir. Enfin, la commission relaie le souhait de certaines organisations patronales (celles du bâtiment notamment) de voir les syndicats de salariés s'atteler à une clarification-simplification des accords collectifs, notamment pour ce qui concerne les minima salariaux. Cette proposition répond à une objection retenue par la CJCE : il est parfois très difficile pour l'employeur exerçant son activité en Suède de connaître le salaire minimum applicable au moment où il répond à l'appel d'offres. La commission ne dit toutefois rien des modalités qui permettraient d'aller dans ce sens. Compte tenu de la grande variété des formes et des niveaux de négociation des minima salariaux en Suède, on peut s'interroger sur ce que ces nouvelles contraintes impliquent comme risque, pour les salariés, de voir nivelés par le bas les différents taux de salaire minimum coexistant au sein d'une branche (Mantz, 2008), le seul minimum visible étant en effet celui de la branche, la plupart du temps dépassé par les accords locaux.

Le gouvernement suédois a statué, en octobre 2009, sur les propositions de la commission. Décision a été prise d'encadrer effectivement davantage la *Lex Britannia*. Pour engager une action collective contre un employeur étranger utilisant des travailleurs détachés, les syndicats devront respecter les conditions suivantes : les dispositions dont sera exigée l'application devront correspondre à des situations visées dans l'accord central de branche ; elles devront concerner l'application du minimum salarial ou toute autre condition de travail, prévues par l'accord de branche ; elles devront être plus avantageuses que les dispositions contenues dans la loi ; enfin, elles ne s'appliqueront pas si l'employeur est en mesure de prouver que ses salariés bénéficient déjà de conditions au moins équivalentes à celles prévues dans l'accord de branche. La loi acte également le principe de communiquer préalablement à l'administration du travail les justifications d'une action syndicale en direction d'une entreprise étrangère, les tribunaux du travail demeurant compétents pour arbitrer un éventuel différend. Enfin, considérant qu'un accord engage ses signataires, un travailleur détaché pourra faire valoir l'application d'un accord concernant son entreprise, même s'il n'est pas membre de l'organisation syndicale suédoise signataire.

Il serait bien sûr erroné de prétendre que le modèle suédois se trouve écartelé par de tels ajustements. D'un côté, les partenaires sociaux voient conforté leur rôle central à travers la négociation collective. La loi sur le détachement des travailleurs (*lagen om utstationering av arbetstagare)* qui assure la transposition de la directive 96/71 dans le droit interne suédois ne sera pas modifiée : elle renvoie formellement aux conventions collectives le soin

de déterminer le salaire minimum ainsi que les conditions de travail. Mais d'un autre côté, les inflexions faisant suite à l'arrêt Laval ouvrent potentiellement la voie à la fois à une restriction du droit de grève et à une modification substantielle des règles d'application des conventions collectives aboutissant à une minoration du contrôle syndical.

II.2. Extension des conflits liés à la question des travailleurs détachés

La menace de *dumping* social renforcée par l'interprétation asymétrique de la directive 96/71 CE se propage et s'accélère dans certains secteurs ayant recours de façon croissante à la sous-traitance internationale. Elle donne lieu outre-Manche, au cours de l'année 2009, à un conflit sans précédent dans le secteur de l'ingénierie et de la construction industrielle. Le point de départ en est donné sur le site pétrolier de Lindsey (comté du Lincolnshire, au nord-est de l'Angleterre) alors que l'entreprise Total choisit – par l'intermédiaire de son principal sous-traitant en matière d'infrastructure de raffinage, l'américain Jacobs – de recourir à un sous-traitant italien, IREM, afin d'accroître ses capacités de production [15] (Join-Lambert, 2009). Les images de l'arrivée sur le site de plusieurs centaines d'ouvriers italiens et portugais embauchés par IREM, tandis qu'un autre sous-traitant du groupe vient de licencier le même nombre de travailleurs britanniques, font rapidement le tour de l'Europe. Dans un contexte de plongée dans la récession, mais aussi de fragilisation politique du Parti travailliste, les tentatives de récupérations du conflit par les formations d'extrême droite au premier rang desquelles le British National Party, se multiplient. Certains médias ont à cœur de relayer le slogan « des emplois britanniques pour des travailleurs britanniques », faisant en cela allusion à l'allocution d'intronisation de Gordon Brown comme chef du Parti travailliste en novembre 2007. A Lindsey, les principaux syndicats de l'énergie, Unite et GMB qui n'ont pas initié le conflit mais en ont rapidement pris le contrôle, clarifient d'entrée de jeu leur position : l'erreur serait d'en faire un affrontement de nationalités alors qu'« il s'agit de donner aux travailleurs de toutes les nationalités les mêmes chances et de veiller à ce qu'ils bénéficient tous des mêmes conditions de travail, acquises par la lutte syndicale » (Unite). Au terme d'une semaine de conflits empruntant des formes illégales (grèves dites de solidarité, absence de scrutin à bulletins secrets), et de manifestations massives, un accord a pu être négocié prévoyant le recrutement de 102 ouvriers anglais sur les 200 postes à pourvoir par IREM.

L'enjeu pour le sous-traitant italien, et partant, pour le géant pétrolier lui-même, siège dans le contournement des règles encadrant les conditions de travail (notamment le non-respect des temps de pause et le décompte

15. Cinq sociétés britanniques avaient également répondu à l'appel d'offres.

des temps d'habillage-déshabillage liés au port des vêtements de protection) ainsi que des taux de rémunération en vigueur dans la branche. Le mouvement social fournit à cet égard l'occasion de rappeler qu'au pays du marché du travail libre et sans entrave, il existe bel et bien des accords collectifs. En particulier le secteur de l'ingénierie et de la construction industrielle (principalement construction de raffinerie et de centrales électriques) est doté d'un accord national (dit « livre bleu ») qui porte sur les salaires ainsi que les conditions de travail et la sécurité, (*National Agreement of Engineering Construction Industry*, NAECI), dont les termes avaient précisément donné lieu à renégociation en 2007 (Barnard, 2009). Jacobs Engineering est bien quant à lui signataire de l'accord. Mais là encore, il s'agit d'une convention sans règle d'application générale. Les employeurs ne sont donc nullement tenus de s'y soumettre, excepté si la mobilisation syndicale les y contraint, ce qui finira par se produire dans le cas d'IREM. Forts des arrêts de la Cour européenne, les entreprises recourant à la sous-traitance internationale peuvent ainsi miser sur le contournement des accords collectifs, le respect du salaire minimum – fixé au niveau central dans le cas britannique – devenant la seule contrainte de rémunération.

Des conflits du même type s'étendent comme une traînée de poudre, avec toujours en leur point de départ la forte suspicion de la part des syndicats britanniques qu'une véritable stratégie des employeurs se met en place pour contourner l'accord sectoriel national, qui passe par la mise à l'écart des travailleurs britanniques [16]. Ainsi, à Staythorpe dans le Nottinghamshire, les sous-traitants d'une centrale électrique d'Alstom employant essentiellement des ouvriers espagnols et polonais deviennent la cible d'un blocage de site, orchestré par des centaines de syndicalistes de l'énergie, outrepassant là-aussi les règles formelles d'encadrement d'un conflit. Pour montrer qu'il ne s'agit en rien d'un conflit xénophobe, près d'un millier de syndicalistes rendent publique, à la fin février 2009, une déclaration intitulée « *Unite to fight for jobs* » (www.petitiononline.com/jobs0209) appelant à un combat commun pour de nouveaux emplois correctement rémunérés et mettant en évidence le danger de cibler les « travailleurs étrangers ». La dénonciation explicite des quatre arrêts de la CJCE est au cœur de l'action syndicale qui vient en renfort de la mobilisation sur ces questions, de la Confédération européenne des syndicats (CES) (*cf. infra*).

Le conflit chez Total prendra un nouveau tournant en juin 2009, alors que 51 salariés d'un sous-traitant se verront licenciés, en pleine période d'embauche sur le site de Lindsey. Les grèves de solidarité qui suivront

16. « Le problème ne vient pas du fait que des travailleurs d'autres pays européens travaillent au Royaume-Uni, ni que des entreprises étrangères remportent des contrats au Royaume-Uni. Le problème est que les employeurs empêchent les travailleurs britanniques de candidater pour les emplois associés à ces contrats » (Dereck Simpson, co-secrétaire général de Unite – 2 février 2009).

immédiatement déboucheront sur la menace par le géant pétrolier de licencier 650 salariés grévistes engagés dans des actions qualifiées d'illégales – une menace qui ne sera toutefois jamais mise à exécution compte tenu du rapport de force rapidement mis en place par les organisations syndicales du site. Les mobilisations sociales contre les formes de *dumping* social issues du recours croissant à la sous-traitance internationale semblent bien constituer un point d'appui du regain de vigueur des relations professionnelles outre-Manche (Lefresne, 2009).

Sollicité par le gouvernement dès le début du conflit, l'organe d'arbitrage ACAS [17], conclut de façon attendue qu'aucune obligation légale ne contraint IREM à appliquer l'accord de branche NAECI. Il existe toutefois une disposition de la directive, rarement évoquée, qui retient particulièrement l'attention du TUC : « En l'absence d'un système de déclaration d'application générale de conventions collectives ou de sentences arbitrales au sens du premier alinéa, les Etats membres peuvent, s'ils décident ainsi, prendre pour base :

- les conventions collectives ou sentences arbitrales qui ont un effet général sur toutes les entreprises similaires appartenant au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territoriale de celles-ci ;

- et/ou les conventions collectives qui sont conclues par les organisations des partenaires sociaux les plus représentatives au plan national et qui sont appliquées sur l'ensemble du territoire national » (art 3, § 8, 2e alinéa de la directive 96/71).

Toutefois l'Etat britannique ne s'est pas inscrit dans une telle disposition, ce qui sert de point d'appui au TUC pour mettre en cause la transposition de la directive 96/71 par le gouvernement, jugée à cet égard minimaliste. L'exemple des quatre arrêts montre néanmoins que le problème ne se réduit pas à la nature de la transposition de la directive – plus ou moins protectrice pour les salariés – mais qu'il engage l'ensemble de la directive elle-même et son incapacité évidente à écarter les risques de *dumping* social.

II.3. Quelles réponses au niveau européen ?

Les décisions de la CJCE ont suscité de très nombreux commentaires, critiques et débats, qui ont eux-mêmes appelé des réponses embryonnaires des institutions européennes face aux inquiétudes exprimées. La Commission européenne, dans une recommandation datée du 3 avril 2008, et le Conseil de l'Union européenne, dans ses conclusions du 9 juin 2008, confortent l'interprétation de la Cour et réaffirment l'utilité de la directive de 1996 qui offre « des garanties quant au respect d'un niveau élevé de protection des droits des travailleurs détachés » et « joue aussi un rôle

17. *Advisory, Conciliation and Arbitration Service*, http://www.acas.org.uk/CHttpHandler.ashx?id=1019&p=0.

majeur dans l'instauration d'un climat de concurrence loyale entre tous les prestataires de services en garantissant des conditions d'égalité ». Une seule difficulté est reconnue : l'insuffisante coopération des Etats membres et la nécessité d'améliorer l'échange d'informations. L'accent est ainsi mis sur une application effective de la directive qui contribuerait, seule, à résoudre les principales difficultés.

L'agenda social renouvelé, adopté par la Commission européenne le 2 juillet 2008, qui fixe un programme d'action pour les années à venir, semble marquer une légère évolution, même si les seules actions envisagées sont des mesures d'informations : « récemment, certaines questions ont également été largement débattues à la suite des arrêts rendus par la Cour européenne de justice (dans les affaires Laval, Viking et Rüffert). La Commission aidera les Etats membres à mettre véritablement à profit les possibilités offertes par la directive actuelle sur le détachement des travailleurs. Dans le même temps, sur la base d'une analyse approfondie des arrêts et d'autres précédents, elle examinera toutes ces questions avec les partenaires sociaux et les Etats membres et s'attaquera aux points préoccupants, entre autres à l'occasion d'un forum spécialement organisé à cette intention à l'automne 2008. La Commission est soucieuse de veiller à éviter toute contradiction entre les libertés fondamentales inscrites dans le traité et la protection des droits fondamentaux. Elle évaluera et étudiera les questions préoccupante, et y apportera une réponse, notamment en fournissant des orientations interprétatives, si nécessaire » (COM, 2008). Si les « points préoccupants » ne sont pas explicités, ils sont au moins mentionnés, de même que la nécessaire conciliation des libertés économiques et des droits sociaux fondamentaux.

La critique la plus virulente est venue du Parlement européen. Dans une résolution du 22 octobre 2008, adoptée à une large majorité, sur « Les défis pour les conventions collectives dans l'Union européenne », le Parlement européen exprime ses réticences et ses critiques à l'égard des arrêts de la Cour. La résolution, très argumentée, souligne la nécessité d'interpréter la directive de 1996 dans un sens conforme à l'intérêt des salariés et aux droits des partenaires sociaux de négocier et de mener des actions collectives. La révision de la directive est envisagée, le Parlement européen « estimant que la législation communautaire en vigueur présente des lacunes et des incohérences et qu'elle peut dès lors prêter à des interprétations de la directive sur le détachement qui ne correspondent pas à l'intention du législateur communautaire, lequel a cherché à établir un juste équilibre entre la libre prestation des services et la protection des droits des travailleurs ; demande à la Commission d'élaborer des propositions législatives nécessaires, qui contribueraient à prévenir tout conflit d'interprétation à l'avenir » (PE, 2008).

Il n'en demeure pas moins que, pour l'heure, la révision de la directive, comme l'évolution de la jurisprudence communautaire sont bel et bien écartées [18], et avec elles, la réalisation de l'objectif, pourtant inscrit dans le traité, d'amélioration des conditions de vie et de travail et d'égalisation dans le progrès pour les travailleurs détachés. La Commission ne change pas d'un iota sa position alors que le Parlement confirme la sienne à travers une résolution du 26 mars 2009 sur la responsabilité sociale des entreprises sous-traitantes dans les chaînes de production. L'exécutif européen se réfugie derrière l'absence de position conjointe des partenaires sociaux, exhortés à se concerter à l'automne 2008, pour justifier le *statu quo*. L'argument est d'autant plus difficile à recevoir qu'en l'état actuel de la législation européenne sur le détachement, la compétence des partenaires sociaux reste très limitée.

Une telle inertie de la Commission aura au moins le mérite de conduire la CES à clarifier et à actualiser sa position. A l'occasion de la révision des mesures transitoires dans une Europe élargie, celle-ci appuiera dans sa résolution du 28 avril 2009 deux revendications majeures (CES, 2009) : en premier lieu, l'annexion aux traités d'un protocole de progrès social garantissant que la libre circulation soit interprétée dans le respect des droits fondamentaux, et dans un objectif d'harmonisation vers le haut des conditions de travail et des systèmes sociaux ; en second lieu, la révision de la directive sur le détachement des travailleurs, afin d'« assurer un climat de concurrence loyale et de respecter les droits des travailleurs ».

Plusieurs dimensions sont ici soulignées par la CES. La définition de travailleur détaché nécessite tout d'abord d'être précisée, la directive ne devant couvrir que les situations claires de détachements temporaires, « un délai limite de détachement » devant être stipulé. Cela signifie que les Etats membres et les partenaires sociaux doivent pouvoir utiliser des mécanismes de surveillance afin de vérifier si le travailleur détaché est réellement employé « habituellement » par le prestataire de services dans le pays d'origine et s'il a l'intention d'y rentrer à l'issue du détachement. La CES demande également que soit définie plus précisément la « prestation transnationale de services » afin d'éviter la pratique d'entreprises « boîtes aux lettres ». Elle réclame que le caractère de « protection minimale » de la directive soit explicité et qu'il n'empêche en rien que des normes légales ou collectives plus favorables puissent être appliquées « pour autant que l'égalité de traitement et la non-discrimination des entreprises locales et

18. Ainsi que le souligne Dehousse (2008), « si les acteurs politiques souhaitent annuler la jurisprudence, différents instruments s'offrent à eux (…) La Commission, qui détient le monopole de l'initiative législative, doit présenter une proposition, qui doit ensuite être débattue au sein du Parlement et du Conseil et obtenir une large majorité dans chacune de ces institutions. » Techniquement, il suffirait que le Conseil et le Parlement suggèrent à la Commission d'émettre une telle proposition. Mais le problème vient de l'absence de volonté politique et de formation d'une majorité allant dans ce sens.

étrangères soient assurées ». Dans ce sens, la notion de « dispositions de politique publique » doit être révisée afin d'inclure les objectifs sociaux et la protection des travailleurs. Dans le respect des différents modèles de relations industrielles, le droit fondamental à la négociation et à l'action collectives est affirmé, comme moyen de « pousser de manière égale les entreprises locales et étrangères à améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs et à exiger un traitement égal des travailleurs effectuant un travail similaire sur le même territoire, quels que soient leur nationalité ou le lieu d'établissement de leur employeur » [19]. Enfin, en réponse notamment à l'arrêt Rüffert, la Confédération européenne réclame une attention particulière aux procédures d'achats publics et à la possibilité pour les pouvoirs publics d'introduire des clauses sociales exigeant l'observation de la convention collective applicable localement.

S'il est vrai que la révision de la directive 96/71 de même que l'annexion d'un protocole de progrès social constitueraient une avancée majeure de la protection des salariés mobiles et détachés, il n'en demeure pas moins que les différences entre modèles sociaux et systèmes de relations professionnelles, légitimement défendus par la CES, continueront de constituer pour longtemps le principal levier de mise en concurrence des salariés.

Conclusion

Les jugements rendus par la CJCE témoignent d'une interprétation du droit communautaire qui privilégie la liberté économique au détriment des droits des salariés, au prix d'une mise en concurrence des systèmes de protection sociale. Dans une formulation assez paradoxale, le point 87 de l'arrêt Laval, est à cet égard éloquent : « S'il est vrai que, dans les domaines ne relevant pas du principe de la compétence de la Communauté, les Etats membres restent, en principe, libres de fixer les conditions d'existence de ces droits, il n'en demeure pas moins que, dans l'exercice de cette compétence, les Etats sont néanmoins tenus de respecter le droit communautaire. » Le seul droit communautaire qu'il s'agit ici de faire respecter ne souffre aucune ambiguïté : il s'agit de la liberté d'établissement et de la liberté de prestation des services, garanties respectivement par les articles 43 et 49 du traité CE, intégralement repris dans le traité de Lisbonne où ils deviennent respectivement les articles 49 et 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. La question posée par ces arrêts est bien celle du niveau sur lequel l'Union place les droits des travailleurs au regard du droit de la concurrence. Ainsi que le souligne Jean-Marie Pernot

19. La CES suggère ainsi que figure dans le corps de la nouvelle directive un équivalent de la clause Monti, par exemple, « cette directive ne peut être interprétée comme affectant d'une quelconque manière le droit des syndicats à mener des actions collectives et à négocier, conclure et appliquer des conventions collectives afin d'améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs. »

(2009:27) : « Si une telle évolution se confirmait, le déplacement serait sérieux car le droit souverain de la concurrence se dresserait alors contre tous les systèmes nationaux de droits du travail et même les appareillages de conventions collectives qui ont été conçus, faut-il le rappeler, pour faire obstacle au principe de concurrence entre les travailleurs au tournant des XIX^{e} et XX^{e} siècles. »

La récession en cours accentue la menace de nouvelles formes de mise en concurrence des travailleurs, au premier rang desquelles figurent les stratégies les plus décomplexées de recours à la prestation de services dans un cadre transnational, mais aussi leurs symétriques : les délocalisations. La spécificité des modèles sociaux comme forme nationale historique de protections et de droits collectifs des travailleurs se trouve ainsi de plus en plus mise à l'épreuve du *dumping* social, désormais encouragé par les évolutions du droit communautaire. Si la défense de ces modèles constitue légitimement le cadre naturel des relations professionnelles et de l'action collective au plan national, elle ne saurait cependant suffire à figurer l'horizon revendicatif du syndicalisme européen. C'est bien plutôt l'instauration de normes sociales européennes contraignantes, c'est-à-dire d'un véritable droit social européen permettant l'avancée concrète d'une harmonisation par le haut des systèmes sociaux, qui permettra de limiter le droit de la concurrence.

Références bibliographiques

Azoulai L. (2008), « Le rôle constitutionnel de la Cour de justice des Communautés européennes tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *RTD eur*., *Revue trimestrielle de droit européen*, Sirey, p. 29.

Barnard C. (2009), « British Jobs for British Workers: The Lindsey Oil Refinery Dispute and the Future of Local Labour Clauses in an Integrated EU Market », *Industrial Law Journal*, vol. 38, nº 3, September, p. 245-277.

Bercusson B. (2007), « The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day », *European Law Journal*, p. 279.

CES (2009), « Les conditions de la liberté de circulation : plus de protection des travailleurs et une concurrence loyale », *Résolution adoptée par le Comité de direction de la CES*, Bruxelles, le 28 avril 2009 (CD. 127), http://www.etuc.org/IMG/pdf_Conditions_for_free_movement_final_FR.pdf.

COM (2008), « Un agenda social renouvelé : opportunités, accès et solidarité dans l'Europe du XXIe siècle », *Communication de la Commission européenne*, 2008/412 final, 2 juillet, http://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0412:FIN:FR:PDF.

Davesne A. (2009), « The Laval Case and the Future of Labour Relations in Sweden », *Les Cahiers européens*, nº 01/2009.

Dehousse R. (2008), *Viking-Laval-Rüffert : entre libertés économiques et droits sociaux fondamentaux où se trouve l'équilibre* ?, http://www.notre-europe.eu/en/axes/competition-cooperation-solidarity/works/publication/debate-viking-laval-rueffertеconomic-freedoms-versus-fundamental-social-rights-where-does-the-bal/.

Dockès E. (2009), « L'Europe antisociale », *Revue de Droit du Travail*, I, mars, p. 145-150.

ETUI (2008), http://www.etui.org/Headline-issues/Viking-Laval-Rueffert-Luxembourg.

IRES (2009), « Stratégie de Lisbonne : échec ou solution pour le futur ? », numéro spécial, *La Revue de l'IRES,* nº 60.

Jault-Seseke F. (2008), « Le détachement », *Revue de droit du travail*, p. 412.

Jolivet A, Mantz T. (2008), «Suède : une profonde réforme de l'assurance chômage depuis 2007 », *Chronique internationale de l'IRES*, nº 115, spécial « Indemnisation du chômage, réformes et débats », p. 89-99.

Join-Lambert O. (2009), « Royaume Uni : grèves dans la construction électrique : la directive européenne sur les travailleurs détachés en question », *Chronique internationale de l'IRES*, juillet.

Laulom S. (2008), « Actions collectives, liberté d'établissement, libre prestation de services et détachement des travailleurs », *Semaine Sociale Lamy*, suppl. nº 1338, p. 37-44.

Laulom S. (2009), « Libre prestation de services et détachement des travailleurs », *Semaine Sociale Lamy*, suppl. nº 1389, p. 15-21.

Lefresne F. (2008), « Les perspectives d'un marché du travail européen », *Futuribles*, nº 347, décembre, p. 5-24.

Lefresne F. (2009), « Royaume-Uni : le modèle britannique dans tous ses états », *Chronique internationale de l'IRES,* spécial « Les acteurs sociaux face à la crise », nº 121, p. 83-93.

Lhernould J.-P. (2008), « Illicéité d'une clause sociale dans un appel d'offre de marchés publics : le pot de terre contre le pot de fer ? », RJS 7/08, p. 601.

Mantz T. (2006), « Des salaires minima élevés, déterminés en toute autonomie par les partenaires sociaux », *Chronique internationale de l'IRES*, spécial « Les salaires minima, enjeu international », n° 103, novembre, p. 126-135.

Mantz T. (2008), « Suède : après l'arrêt de la CJCE dans l'affaire Vaxholm : quelles adaptations pour le modèle suédois ? », *Chronique internationale de l'IRES,* n° 110, p. 52-60.

Math A. (2005), « L'envoi de migrants détachés dans le cadre de la libre prestation de service transfrontalière », *Revue de droit sanitaire et social*, p. 565.

Math A. (2006), « Le salaire minimum pris au piège de la sous-traitance internationale », *Chronique internationale de l'IRES*, spécial « *Les salaires minima, enjeu international »*, n° 103, novembre, p. 28-36.

Moizard N. (2008), « La directive 96/91 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services : un noyau dur protecteur ? », *Droit social*, p. 866.

PE (2008), *Résolution du Parlement européen du 22 octobre 2008 sur les défis pour les conventions collectives dans l'Union européenne,* http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P6-TA-2008-0513+0+DOC+XML+V0//FR.

Pernot J.-M. (2009), « Européanisation du syndicalisme, vieux débats, nouveaux enjeux » *in* Hassenteufel P., Pernot J.-M., *Les syndicats à l'épreuve de l'Europe,* n° 27, L'Harmattan, p. 11-47.

Robin-Olivier S., Pataut E. (2008), « Europe sociale ou Europe économique (à propos des affaires Viking et Laval) », *Revue de droit du travail*, p. 80.

Rodière P. (2008), « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective », *Revue trimestrielle de droit européen*, p. 47.

Serrano Pascual A. (ed) (2004), *Are activation policies converging in Europe? The European Employment Strategy for young people*, Brussels, ETUI.

Supiot A. (2008), « L'Europe gagnée par l'"économie communiste de marché" », *Revue permanente du Mauss,* 30 janvier, http://www.journaldumauss.net.

Vigneau Ch. (2008), « Encadrement par la Cour de l'action collective au regard du traité de Rome », JCP I, 10060.

Zeitlin J, Pochet P. (eds) with Magnusson L (2005), *The Open Method of Coordination in Action: The European Employment and Social Inclusion Strategies*, Brussels, P.I.E-Peter Lang.