

« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LIBRE PRESTATION DE SERVICES ET CIRCULATION DES TRAVAILLEURS : ENTRE  
CONCURRENCE ET DROIT SOCIAL (1)*

MARIE-CÉCILE AMAUGER-LATTES. GÉRARD JAZOTTES,

Référence de publication : Revue de jurisprudence sociale, novembre 2007, n° 11, pp. 911-917.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## *LIBRE PRESTATION DE SERVICES ET CIRCULATION DES TRAVAILLEURS : ENTRE CONCURRENCE ET DROIT SOCIAL (1)*

Si l'on en croit les analyses économiques, l'Europe a besoin d'une économie de services plus compétitive. Ce serait la seule voie possible pour améliorer son potentiel de croissance et donc de création d'emplois, dans un contexte de mondialisation des échanges et de concurrence impitoyable. Mais, pour y parvenir, elle doit réaliser l'intégration de ses marchés de services en faisant tomber les multiples barrières qui nuisent encore aux échanges. L'objectif est de parvenir à la réalisation d'un marché unique en garantissant l'effectivité de la libre circulation des services, l'une des quatre libertés économiques fondamentales que consacre le traité <sup>(2)</sup>. Conformément aux objectifs fixés par la stratégie de Lisbonne, le projet de directive dite Bolkenstein et, dans une moindre mesure, la directive relative aux services dans le marché intérieur, du 16 décembre 2006, s'inscrivent dans cette logique économique en faveur de la libération des forces du marché dans le secteur des services.

Mais si d'un point de vue macro-économique et à l'échelle planétaire, l'affaire est entendue, en revanche, lorsque l'on raisonne au niveau des Etats et a fortiori au niveau micro-économique, les choses ne s'imposent pas avec la même évidence. La libéralisation des services n'emporte pas que des effets positifs. En effet, très souvent, la circulation des services implique la circulation de travailleurs. Pour réaliser le marché qu'elle a emporté sur le territoire d'un Etat autre que celui sur lequel elle est établie, l'entreprise prestataire de services va, de façon temporaire, détacher des salariés. Ces travailleurs n'ont pas, en principe, vocation à intégrer le marché du travail du pays d'accueil. Par conséquent, en application de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, la loi applicable au contrat de travail sera généralement celle du lieu habituel du travail, c'est-à-dire la loi du pays d'origine. De même, conformément au règlement 1408/71, qui coordonne l'application des régimes de sécurité sociale européens, le salarié sera soumis au régime de protection sociale de cet Etat, dans lequel seront donc acquittées les cotisations sociales.

Il en résulte la présence sur le territoire du pays d'accueil de travailleurs soumis à des régimes sociaux plus ou moins élaborés, plus ou moins coûteux également, les employeurs les moins disant socialement jouissant d'un avantage concurrentiel que l'on peut estimer déloyal.

Bénéfique pour l'économie européenne, la libéralisation des services serait également, toujours selon les économistes, bénéfique pour les travailleurs. Pour ceux du pays hôte l'affirmation laisse sceptique, l'OCDE elle-même soulignant le risque de perte d'emplois et le caractère inéluctable d'une baisse des salaires <sup>(3)</sup>. Mais même pour les travailleurs détachés le bénéfice n'est pas toujours évident. Sans doute peut-on espérer, à terme, une hausse du niveau des salaires dans le pays d'origine, mais ce qui frappe dans un premier temps c'est l'extrême vulnérabilité de ces salariés, contraints d'accepter le statut précaire, légal ou non, qui leur est proposé au bout de la chaîne de sous-traitance <sup>(4)</sup>.

Toutefois, même s'il s'est intensifié ces dernières années, l'essor des prestations de services transnationales n'est pas un phénomène nouveau. Au niveau européen, l'adhésion de l'Espagne et du Portugal à la Communauté avait déjà mis en évidence un certain nombre de difficultés et le droit communautaire -

notamment avec la directive 96/71/CE <sup>(5)</sup> - s'était efforcé d'établir un compromis entre la libre circulation des services, qui constitue l'une des pierres angulaires du marché intérieur, et le respect des droits des travailleurs, pour favoriser la mobilité des services tout en réduisant le risque de dumping social. Cet équilibre relatif, dont nous examinerons les termes dans une première partie (I), pouvait paraître acceptable dans une Europe limitée à quinze Etats, dotés pour la plupart de systèmes sociaux plus ou moins comparables. L'élargissement de l'Europe à vingt-cinq, puis à vingt-sept, confère au problème une dimension plus inquiétante. Douze nouveaux Etats bénéficient soudain, sans disposition transitoire, de la libre circulation des services tandis qu'au sein de ce nouvel espace de liberté les écarts entre les régimes sociaux se sont considérablement creusés <sup>(6)</sup>. Dans ce contexte, le travail temporaire et la sous-traitance transnationale se développent offrant aux entreprises « de vastes possibilités de spéculation sur le dumping social, d'évasion fiscale et de fraude à la sécurité sociale et de travail illicite » <sup>(7)</sup>. Dans certains secteurs, ceux où la main-d'œuvre est déterminante, la concurrence est principalement sociale et les régimes les plus protecteurs vacillent <sup>(8)</sup>. Bref, aujourd'hui, le compromis établi par le droit communautaire entre libre circulation des services et droits sociaux n'apparaît plus suffisant, ce dont témoignent des affaires fortement médiatisées au cœur desquelles se trouvent les syndicats (II).

## **I LES TERMES DU COMPROMIS COMMUNAUTAIRE**

Dans la recherche de ce compromis communautaire la Cour a joué un rôle précurseur, comme en bien d'autres matières. En effet, à partir de 1981 <sup>(9)</sup>, elle a élaboré les critères lui permettant de contrôler la compatibilité avec le principe de libre prestation des services des législations nationales qui soumettent l'entreprise prestataire établie dans un autre Etat membre à des obligations liées au détachement de travailleur. Cette jurisprudence cherche à concilier protection des travailleurs et libre prestation de services <sup>(10)</sup>. Ainsi, pour la Cour, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les Etats membres étendent leur législation ou les conventions collectives du travail à toute personne effectuant un travail salarié sur leur territoire, quel que soit le lieu d'établissement de l'employeur. Ils peuvent également adopter les mesures appropriées pour assurer le respect de ces règles. Toutefois, cette extension et ces mesures sont soumises au principe de la libre prestation de services. En conséquence, lorsqu'elles peuvent entraver cette liberté, ce qui est souvent le cas, ces mesures doivent être justifiées par un objectif légitime, la protection des travailleurs, reconnu comme tel par la Cour <sup>(11)</sup>. En outre, elles doivent être nécessaires et proportionnées au but recherché.

Mais ce compromis jurisprudentiel est apparu comme étant fragile ou insuffisant face à l'élargissement de ce qui n'était pas encore l'Union européenne, élargissement qui allait renforcer la concurrence sociale. En réponse à ces nouvelles difficultés a été adoptée la directive 96/71 (A). Mais ce texte n'a pas mis fin à l'intervention de la Cour (B).

## *A Les apports de la directive 96/71/CE*

La directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services constitue une étape, majeure, dans la quête d'équilibre entre libertés économiques et droit sociaux initiée par la jurisprudence de la CJCE. C'est ainsi, qu'après avoir rappelé que « l'abolition, entre les Etats membres des obstacles à la libre circulation des personnes et des services constitue l'un des objectifs de la Communauté », le préambule de la directive ajoute que « la promotion de la prestation de services dans un cadre transnational nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs ». Il s'agit donc bien de trouver un juste point d'équilibre entre liberté de circulation des services et droits des travailleurs. L'exercice de la première ne doit pas se traduire par la mise en concurrence des travailleurs et une faveur accordée aux entreprises établies dans des pays socialement moins avancés. La concurrence loyale ne peut pas être une concurrence sociale.

Pour parvenir à ce point d'équilibre, la directive rappelle que « le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les Etats membres étendent le champ d'application de leur législation ou les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux à toute personne effectuant un travail salarié, y compris temporaire, sur leur territoire, même si l'employeur est établi dans un autre Etat membre ». Ce faisant, elle ne fait que reprendre la jurisprudence de la CJCE. Mais la directive ne s'en tient pas à une simple consécration des solutions prétoriennes. Comme le souligne la Commission, sa « valeur ajoutée » est incontestable et ce, à trois points de vue <sup>(12)</sup>.

### **1.**

En premier lieu, elle consacre une véritable obligation pour les Etats membres à l'égard des travailleurs détachés sur leur territoire. Alors que la CJCE admet **la possibilité** pour les Etats membres d'étendre « leur législation, ou les conventions collectives conclues par les partenaires sociaux, à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur leur territoire, quel que soit le pays d'établissement de l'employeur », la directive fixe **l'obligation** pour les Etats membres d'imposer aux entreprises qui interviennent sur leur territoire le respect des règles nationales correspondant au noyau dur défini par elle. Autrement dit, la passivité de l'Etat engage sa responsabilité.

### **2.**

En deuxième lieu, en ce qui concerne le juge compétent, la directive autorise les Etats à consacrer la compétence du juge national en cas de litige afférent à l'application des droits reconnus aux travailleurs détachés sur son territoire. En vertu du règlement 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, le salarié peut attirer son employeur domicilié sur le territoire d'un Etat membre de l'Union européenne devant les tribunaux de l'Etat membre où il a son domicile, ou dans un autre Etat membre devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, c'est-à-dire en cas de détachement le pays d'origine. Cependant, le juge de l'Etat

d'origine n'est pas le mieux placé pour qualifier une loi étrangère d'impérative et ordonner son application. C'est pourquoi la directive 96/71 (art. 6) prévoit la faculté pour les Etats membres de permettre au salarié détaché dans le cadre d'une prestation de services d'intenter une action en justice dans l'Etat membre sur le territoire duquel il est ou a été détaché pour faire valoir les droits qu'il tient des dispositions de la directive.

### 3.

En troisième lieu, elle apporte une certaine sécurité juridique en ce qui concerne la loi applicable au contrat de travail des salariés détachés.

Rappelons qu'en vertu de la convention de Rome, la loi généralement applicable sera la loi du pays d'origine. Cependant, l'article 7 de la convention permet au juge - de façon exceptionnelle - d'écarter la loi normalement applicable au contrat pour appliquer les « lois d'application immédiate » ou « lois de police », qui prévalent sur le lieu d'exécution du travail. Autrement dit, les salariés détachés dans le cadre d'une prestation de services, sont le plus souvent soumis au droit du travail du pays d'origine ; toutefois, les lois de police du pays d'accueil s'imposent également. Le problème c'est que la convention de Rome ne donne aucune définition, pas même un indice, sur la notion ou le contenu des lois de police. Il en résulte une insécurité juridique que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour de justice et que tempère pour sa part la directive 96/71. En effet, l'article 3, d'une part, définit clairement « un noyau de règles impératives de protection minimale » s'imposant aux employeurs qui détachent temporairement des travailleurs sur le territoire d'un Etat membre et, d'autre part, précise la nature des normes concernées.

a. En ce qui concerne les **dispositions impératives** visées, il est vrai qu'elles ne garantissent pas une égalité de traitement des travailleurs détachés. La protection assurée par la directive est une protection minimale. Sont seules concernées des limites absolues dont la violation compromet la santé ou la dignité du travailleur : périodes maximales de travail et minimales de repos ; durée minimale des congés payés annuels ; taux de salaire minimal ; hygiène et sécurité ; non-discrimination. De même, et c'est une limite importante, la protection sociale est exclue du champ de la directive 96/71 ; le régime de protection sociale et le paiement des charges sociales sont déterminés par le règlement 1408/71. Il n'empêche que la liste établie constitue un repère essentiel pour les acteurs, même si le 10<sup>e</sup> point de l'article 3 autorise les Etats membres à aller au-delà et à imposer le respect de règles d'ordre public non expressément visées par le texte.

b. En ce qui concerne les **sources de ces dispositions**, outre les lois et règlements, la directive vise les conventions collectives, mais uniquement lorsqu'elles sont de portée générale et seulement dans le secteur du bâtiment et de la construction. Ici encore le point 10 de l'article 3 autorise les Etats à aller au-delà et à imposer le respect des conditions de travail et d'emploi fixées dans les conventions collectives de portée générale dans d'autres secteurs d'activité. A contrario, la directive n'autorise pas l'application obligatoire des conventions

Ainsi en précisant les règles du pays d'accueil que les prestataires de services établis dans un autre Etat et leurs sources doivent respecter, la directive 96/71 favorise tant la libre circulation des services - qui devient moins aléatoire - que les droits des travailleurs. Il convient toutefois de relativiser cette affirmation. La sécurité juridique et plus généralement les apports que l'on pouvait attendre du texte se trouvent quelque peu malmenés par la méthode de contrôle de la CJCE.

## ***B L'intervention de la CJCE***

Il faut attendre un arrêt en date du 12 octobre 2004 <sup>(13)</sup>, Wolff & Müller, pour une première application par la Cour de la directive 96/71. En effet, jusque-là, dans les affaires dont a eu à connaître la Cour, les dispositions de cette directive ont été écartées, les faits étant antérieurs à l'expiration du délai fixé pour sa transposition par les Etats membres (le 16 décembre 1999). Au cours de l'année 2000, un ressortissant portugais avait travaillé à Berlin en tant que salarié d'une entreprise de construction ayant son siège au Portugal, entreprise qui réalisait des travaux pour le compte d'une entreprise allemande. Ce salarié a demandé à son employeur ainsi qu'à l'entreprise allemande le paiement de salaires non versés, l'entreprise allemande étant caution en vertu de la loi allemande. La question de la compatibilité de cette loi avec la libre prestation des services fut soulevée. Une autre affaire a été jugée le 14 avril 2005 <sup>(14)</sup>. Certaines sont encore en cours.

Afin de présenter la portée de l'intervention de la Cour au regard du dispositif mis en place par la directive, il peut être utile de dégager les traits caractéristiques de son attitude, pour ensuite donner quelques exemples du contrôle qu'elle peut exercer sur la mise en œuvre par les Etats des dispositions de la directive.

### ***1 Les traits caractéristiques de l'intervention de la Cour***

Un premier constat s'impose à la lecture de la jurisprudence de la Cour : l'entrée en vigueur de la directive n'a pas fondamentalement modifié l'analyse qu'elle peut faire de l'application par un Etat de sa réglementation ou de conventions collectives aux salariés détachés sur son territoire par une entreprise prestataire établie dans un autre Etat membre. Ainsi, elle a pu affirmer, dans l'arrêt du 14 avril 2005 <sup>(15)</sup>, que sa jurisprudence était consacrée par l'article 3 de la directive 96/71 selon lequel les Etats membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises garantissent aux salariés détachés des conditions de travail minimales.

Cependant, il faut relever qu'en vertu de cette jurisprudence, le droit communautaire « ne s'oppose pas » à ce qu'un Etat impose à une entreprise prestataire établie dans un autre Etat membre sa réglementation nationale relative aux conditions de travail, alors que la directive fait obligation aux Etats de veiller à ce que soient appliquées aux salariés détachés certaines normes minimales dans des matières définies <sup>(16)</sup>. Cette différence peut s'expliquer par le fait que la Cour rappelle sa jurisprudence antérieure qui s'est constituée en l'absence de directive <sup>(17)</sup>. Néanmoins, la formulation utilisée par la Cour paraît être en retrait au regard de certaines des dispositions de la directive 96/71. Certes, cette dernière fait obligation aux Etats membres de veiller à ce que les salariés détachés bénéficient de certaines conditions minimales instaurées par leur réglementation ou des conventions collectives de portée générale. Elle ne contraint pas expressément ces Etats à adopter de telles normes <sup>(18)</sup>. Cependant, dans deux de ses considérants, il est indiqué que « les législations des Etats membres doivent être coordonnées de manière à prévoir un noyau dur de règles impératives de protection minimale », « clairement définies », noyau dur qui « devrait être observé par le prestataire de services, nonobstant la durée du détachement des travailleurs » <sup>(19)</sup>. En outre, l'obligation de veiller à l'application de ce noyau dur, exprimée dans l'article 3, implique son existence. Ce doute sur la portée de l'obligation édictée par la directive et sur la position de la Cour est d'autant plus intéressant qu'il apparaît en filigrane dans l'affaire Laval où se pose la question d'une transposition correcte de la directive 96/71 <sup>(20)</sup>.

Un troisième trait caractéristique de l'intervention de la Cour peut être relevé. La Cour exerce un contrôle sur la mise en œuvre par les Etats des dispositions de la directive. Le seul fait d'appliquer aux salariés détachés les normes minimales issues de la réglementation nationale n'exclut pas l'intervention de la Cour. En outre, elle peut être amenée à exercer également son contrôle lorsque les Etats adoptent, en vertu de l'article 5 de la directive, « des mesures adéquates en cas de non-respect » de ses dispositions. Car « s'ils disposent d'une large marge d'appréciation quant à la définition de la forme et des modalités des procédures adéquates », ils doivent respecter les libertés fondamentales, tout particulièrement, la libre prestation des services <sup>(21)</sup>.

## *2 Le contrôle exercé par la Cour*

Dans l'arrêt Wolff & Müller <sup>(22)</sup>, la législation en cause contraignait l'entreprise de construction qui charge une autre entreprise d'effectuer des travaux à répondre, en tant que caution, des obligations de cette entreprise pour le paiement du salaire minimal. Cette mesure est analysée par la Cour au regard des exigences de la libre prestation des services selon une méthode classique : recherche de l'effet restrictif de la législation, examen de la possibilité de justifier cette loi par une raison impérieuse d'intérêt général et application du principe de proportionnalité. Sur ce dernier point, la Cour renvoie au juge national mais conclut que l'article 5 de la directive 96/71, interprété à la lumière de l'article 49, ne s'oppose pas à une telle mesure <sup>(23)</sup>. Cette solution est remarquable <sup>(24)</sup> puisqu'elle admet la justification de la mesure, alors que l'objectif de la protection de la rémunération du travailleur n'est pas prioritaire, la mesure en cause protégeant également la loyauté dans la concurrence et le marché national de l'emploi.

Dans l'arrêt Commission c/ République fédérale d'Allemagne, du 14 avril 2005, la Commission reprochait à la législation allemande la méthode à appliquer pour déterminer le salaire minimal afin de vérifier s'il a été correctement versé. En effet, en vertu de cette réglementation, les majorations et les suppléments versés par l'employeur ne sont pas considérés comme faisant partie du salaire minimal. Pour la Cour, cette méthode est contraire à l'article 3 de la directive parce qu'elle ne reconnaît pas comme élément du salaire minimal les majorations et suppléments, versés par l'employeur, qui ne modifient pas le rapport entre la prestation du travailleur et la contrepartie qu'il perçoit <sup>(25)</sup>.

Enfin, un recours en manquement, à nouveau contre la République fédérale d'Allemagne, devrait conduire la Cour à se prononcer sur la compatibilité avec la libre prestation de services d'une réglementation qui contraint le prestataire établi dans un autre Etat membre, d'une part, à cotiser à la caisse nationale de congés (à moins qu'il ne verse déjà une contribution à un organisme comparable), d'autre part, à faire traduire certains documents et, enfin, à notifier chaque mise à disposition <sup>(26)</sup>.

Ainsi, la directive et la jurisprudence de la Cour sont parvenues à établir un équilibre entre la protection légitime du détaché dans le cadre d'une prestation de services et les exigences de la libre prestation de services. Mais l'élargissement de l'UE à vingt-cinq puis vingt-sept Etats change la donne et révèle le caractère insuffisant de ce compromis.

## **II UN COMPROMIS INSUFFISANT DANS UNE EUROPE ELARGIE**

L'Union s'est transformée : « d'un groupe de pays dotés de législations du travail et de régimes de protection sociale assez élaborés », elle est devenue un espace caractérisé par une grande hétérogénéité des régimes sociaux dans lequel « l'accroissement de la mobilité transfrontière des prestataires de services, sociétés de recrutement et travailleurs détachés a suscité une concurrence acharnée entre les régimes et remis en cause les principes établis de concurrence loyale et d'égalité » <sup>(27)</sup>. Dans ce contexte nouveau, le compromis établi par le droit communautaire n'est plus suffisant. Le respect des règles minimales du pays d'accueil ne permet pas de lutter contre le dumping social. Bien plus, dans les Etats membres dépourvus de normes conventionnelles de portée générale, comme le Danemark ou la Suède, il n'est pas possible d'imposer le respect des conventions collectives de branche alors même que la loi est inexistante. Confrontés à l'inefficacité du droit positif, les syndicats réagissent. Leurs actions prennent une tournure transnationale et heurtent les grandes libertés économiques du droit communautaire. Des conflits - Laval-Vaxholm <sup>(28)</sup> mais aussi Viking line <sup>(29)</sup> ou Irish ferries <sup>(30)</sup> - focalisent l'attention. Ces affaires devenues emblématiques suscitent de nouvelles interrogations sur les rapports entre libertés économiques et droits sociaux, dans la mesure où les droits mis en balance cette fois sont de ceux qui fondent les modèles sociaux nationaux. Plus précisément, cette confrontation pose la question de la place laissée à l'action syndicale dans le cadre des prestations de services au sein de l'UE (A). Les réponses que la CJCE doit apporter aux questions préjudicielles qui lui ont été posées,

singulièrement dans l'affaire Laval, devraient fournir des clés de résolution des conflits entre actions syndicales et libertés économiques. Mais quelles pourraient être ces réponses (B) ?

#### *A Quels droits pour les syndicats ?*

Dans les Etats membres de l'ouest de l'Europe, les droits des travailleurs sont, le plus souvent, des conquêtes syndicales. Les syndicats sont au cœur de l'édification des systèmes sociaux nationaux. Ils constituent l'un des vecteurs essentiels du progrès social et les normes nationales les plus solennelles, nationales et internationales, proclament leur droit d'action.

Aujourd'hui, le développement des prestations de services transnationales représente pour les syndicats un nouveau défi dont ils ne peuvent pas se désintéresser. Ils doivent s'efforcer d'intégrer les travailleurs détachés dans leurs stratégies générales, sans quoi la régulation de la concurrence sur le marché du travail leur échappera totalement. De plus, au-delà des particularismes nationaux, leur mission n'est-elle pas d'assurer la défense des intérêts des salariés, quels qu'ils soient, dès lors qu'un lien de rattachement existe entre la relation de travail en cause et leur champ de compétence ? Dans ces conditions, il leur incombe - le cas échéant - de pallier la position de faiblesse de ces salariés, contraints d'accepter n'importe quelles conditions d'emploi, dans une logique d'égalité de traitement des travailleurs. Du même coup ils agissent contre le risque d'une spirale à la baisse des droits des travailleurs du pays hôte.

Mais de quelle marge de manœuvre disposent les organisations syndicales pour agir lorsque l'entreprise exerce l'une des libertés économiques qui constituent les fondements de la construction européenne ? Autrement dit, l'action syndicale peut-elle être considérée comme une entrave notamment à la liberté de prestation de services ? Dans ce cas, les droits sociaux fondamentaux doivent-ils plier face aux grandes libertés économiques ? Si oui, dans quelle mesure ? Tel est l'un des enjeux de l'affaire Laval <sup>(31)</sup> sur laquelle la CJCE devrait se prononcer d'ici à la fin de l'année.

Les faits concernent une entreprise lettone, Laval, qui avait obtenu le chantier de rénovation de l'école de Vaxholm, petite commune suédoise. Pour réaliser les travaux, elle avait détaché des ouvriers lettons et russes, embauchés et rémunérés en application du droit letton. Il faut dire que le modèle suédois - comme le modèle danois - présente des spécificités importantes. En effet, dans ce pays, les salaires minima sont fixés par des conventions collectives qui n'ont pas de portée générale au sens du § 7 de l'article 3 de la directive <sup>(32)</sup>. Les employeurs étrangers qui détachent des travailleurs en Suède ne sont donc pas tenus de les respecter en application du droit communautaire.

C'est pourquoi, après que le chantier a démarré, l'entreprise lettone a été contactée par la section locale de la Fédération des ouvriers du bâtiment en vue de la conclusion d'une convention collective visant à aligner les droits des travailleurs détachés sur le chantier de Vaxholm sur ceux prévus par la convention collective applicable à la très grande majorité des entreprises suédoises du secteur.

Les parties n'étant pas parvenues à un accord, la Fédération du bâtiment suédoise a engagé, conformément à la loi suédoise, diverses actions collectives sur le lieu de travail de l'entreprise : arrêt total de travail, grève et blocus des travaux. Très vite et toujours dans le respect de la réglementation nationale, elle a reçu l'appui de la Fédération des électriciens qui a procédé au blocus des installations électriques sur les chantiers de l'entreprise Laval situés aux alentours de Stockholm.

L'entreprise lettone a alors saisi le juge suédois afin que les actions menées par les deux syndicats soient déclarées illicites et qu'il en ordonne la cessation provisoire. La Cour du travail n'a pas fait droit à cette demande et plusieurs syndicats suédois se sont joints au boycott. Faute d'exécution, le contrat entre la société Laval et la commune de Waxholm a finalement été annulé. Les salariés lettons sont rentrés chez eux et l'entreprise a déposé le bilan.

Mais si les éléments fournis au juge n'ont pas été jugés suffisants pour qu'il ordonne l'arrêt immédiat des actions menées par les syndicats, la plainte de l'entreprise lettone soulevait plusieurs autres questions relatives à l'interprétation du droit communautaire. Le juge suédois a donc décidé d'en saisir la CJCE, dans le cadre d'un recours préjudiciel dont l'issue très attendue sera déterminante pour le droit d'action des syndicats dans le cadre des prestations de services transnationales.

## ***B Quelles réponses de la CJCE ?***

Dans l'affaire Laval, la Cour n'a pas à donner une solution générale. Elle doit répondre à deux questions préjudicielles en interprétation. Dans ce cadre, il lui appartient de fournir au juge national tous les éléments d'interprétation utiles afin qu'il puisse trancher le litige qui lui est soumis. Mais elle peut préciser, reformuler ou dépasser les contours de la question posée <sup>(33)</sup>. Ces deux questions posées par le juge suédois révèlent plusieurs difficultés que la Cour devra résoudre et qu'il convient d'examiner successivement.

### **1.**

La première difficulté exprimée dans les questions préjudicielles posées par le juge suédois porte sur la possibilité d'invoquer le droit communautaire à l'encontre des syndicats en raison de leur action collective. Sont en cause les dispositions du traité CE relatives à l'interdiction de toute discrimination et à la libre prestation de services <sup>(34)</sup> mais aussi celles de la directive 96/71. Ainsi, pour répondre à ces questions préjudicielles, il convient, au préalable, de déterminer si les dispositions invoquées créent des droits pour les particuliers, en l'occurrence l'entreprise soumise à l'action collective des syndicats, droits qui peuvent être opposés à d'autres particuliers, les syndicats. Plus techniquement, est posée la question de l'effet direct horizontal de ces dispositions.

Pour ce qui est de la directive 96/71, il faut rappeler que la Cour se refuse à reconnaître un effet direct horizontal aux directives non ou mal transposées <sup>(35)</sup>. La directive n'oblige que les Etats. Lorsqu'elle est correctement transposée, la législation nationale devient la norme de référence. Dans l'affaire Laval, la

directive a certes été transposée, mais dans un contexte particulier puisque le droit du travail suédois ne connaît pas de conventions collectives d'application générale. Le législateur suédois laisse aux syndicats le soin de veiller, par la négociation ou l'action collective, à l'application par les entreprises prestataires de règles minimales aux salariés détachés. Pourrait alors se poser la question de la conformité de cette transposition au regard des objectifs de la directive <sup>(36)</sup>. Cependant, cet aspect est sans influence sur la question posée, la directive ne pouvant pas, en toute hypothèse, être directement invoquée. En effet, si la directive n'a pas été correctement transposée, la Cour ne lui reconnaîtra pas un effet direct horizontal conformément à sa jurisprudence. Dans l'hypothèse inverse, la loi de transposition devient la norme de référence. La directive ne pourra être utilisée qu'ultérieurement, comme règle d'interprétation, lors de l'examen de la compatibilité de l'action collective des syndicats avec les libertés communautaires. Ce qui conduit à s'interroger sur l'effet direct horizontal de l'article 49 CE.

S'il est incontestable que cet article possède un effet direct vertical (il peut être invoqué à l'encontre des Etats membres), son effet direct horizontal est incertain. La consultation de la doctrine offre des solutions contradictoires <sup>(37)</sup>. La jurisprudence de la Cour contient, sur ce point, deux arrêts intéressants, cités par ces auteurs. Dans l'un <sup>(38)</sup>, elle indique que la prohibition des discriminations fondée sur les articles 12, 39 et 49 « s'impose non seulement à l'action des autorités publiques mais s'étend également aux réglementations d'une autre nature visant à réglementer de façon collective le travail salarié et les prestations de services » <sup>(39)</sup>. Elle ajoute que sont visés les obstacles « résultant de l'exercice de leur autonomie juridique par des associations ou organismes ne relevant pas du droit public » et que l'article 59 « ne fait aucune distinction en ce qui concerne l'origine des entraves à éliminer ». Dans cette affaire, comme dans celles qui ont suivi, étaient en cause des règlements de fédération sportives ou d'ordres professionnels. Dans l'autre <sup>(40)</sup>, elle précise qu'il suffit que la discrimination « résulte d'une réglementation de quelque nature qu'elle soit, visant à régler de façon collective l'exercice de l'activité considérée ». Bien plus, elle se réfère à une « réglementation » ou à un « comportement », l'affaire ayant pour origine des actes imputables à des bureaux nationaux d'assurance qui se réservaient la décision finale quant au paiement de dommages aux victimes.

A la lecture de ces arrêts, il est certain que l'entrave interdite n'a pas nécessairement pour origine une réglementation étatique. Cependant, il convient de constater que, dans ces deux arrêts, les restrictions avaient une origine « normative » <sup>(41)</sup>, qu'il s'agisse de règlements, de contrats ou de pratiques répétées. Il ne s'agissait pas d'un acte isolé. Il reste donc à qualifier l'action collective d'un syndicat. De prime abord, elle ne paraît pas présenter ce caractère normatif. Les entreprises soumises à ces actions collectives ne pourront donc pas reprocher aux syndicats d'avoir entravé la libre prestation de services. Cependant, une qualification inverse n'est pas nécessairement invraisemblable. En effet, ces actions collectives peuvent constituer des pratiques répétées et permettent aux syndicats de faire jouer la négociation collective afin de parvenir à des accords collectifs qui instaureront des normes minimales. En outre, ce rôle de l'action collective est reconnu et s'insère parfaitement dans le système suédois puisque ces actions sont interdites lorsque les partenaires sociaux sont

liés par une convention collective. Enfin, ces actions collectives peuvent se rattacher aux procédures adéquates dont doivent pouvoir disposer les travailleurs aux fins de l'exécution des obligations prévues par la directive 96/71, conformément à son article 5 <sup>(42)</sup>.

Ainsi, si l'on admet que l'article 49 puisse être invoqué à l'encontre des syndicats, l'existence d'une entrave à la libre prestation de services constitue une évidence. La question de la justification de cette restriction se pose alors <sup>(43)</sup>. Cependant, si la Cour rejette l'effet direct horizontal, elle peut fournir au juge national des éléments d'interprétation utiles à la résolution du litige et portant sur la compatibilité de la réglementation suédoise.

## 2.

Cette difficulté est soulevée par une question préjudicielle qui s'interroge sur la compatibilité d'une disposition de loi suédoise appelée « *lex britannia* » en ce qu'elle interdit à une organisation syndicale de mener une action collective pour que soit écartée une convention collective conclue avec d'autres organisations. En effet, cette loi, en raison de l'une de ses dispositions qui délimite son domaine d'application, ne s'applique pas aux actions collectives dirigées contre des sociétés étrangères exerçant temporairement une activité en Suède avec leurs propres personnels. Cette disposition présente un caractère discriminatoire lorsque cette entreprise étrangère est liée par une convention collective dans le pays où elle est établie. Dans cette hypothèse, la loi suédoise instaure ainsi une différence de traitement qui dépend du lieu d'établissement du prestataire. Elle instaure une restriction interdite par le traité qui, en raison de son caractère discriminatoire, ne peut pas être justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général. Tout au moins, elle ne se conforme pas aux exigences d'une reconnaissance mutuelle de la protection accordée par la convention collective applicable dans l'Etat membre où est établi le prestataire, ce qui s'oppose également à sa justification <sup>(44)</sup>.

La Cour pourrait également examiner si l'action collective des syndicats constitue « une procédure adéquate aux fins de l'exécution des obligations prévues par la directive », conformément à son article 5. On peut en douter. En effet, il faut remarquer que les syndicats suédois ont agi afin d'obtenir l'application de dispositions qui vont au-delà du noyau dur de règles protectrices instauré par la Directive.

Enfin, se fondant sur sa jurisprudence <sup>(45)</sup>, la Cour pourrait rappeler au juge national qu'il appartenait à l'Etat suédois « de prendre toutes mesures nécessaires et appropriées pour assurer sur leur territoire le respect » des libertés fondamentales. A défaut, l'abstention de l'Etat constitue une entrave à la liberté de circulation. Le juge national pourrait alors juger que l'action du syndicat était fautive et le condamner à des dommages-intérêts. Mais cette entrave peut être justifiée. Ainsi, que l'on reconnaisse ou non un effet direct à la directive 96/71 ou à l'article 49 CE, se pose la question de la justification de l'entrave constatée.

### 3.

Plusieurs catégories de justifications peuvent être invoquées. Il convient, tout d'abord, d'écartier les exceptions prévues par le traité telles que la protection de l'ordre public, de la sécurité publique et de la santé publique <sup>(46)</sup>. En effet, ces exceptions sont interprétées restrictivement par la Cour et ne peuvent être invoquées en l'espèce. En revanche, la justification peut se fonder sur les raisons impérieuses d'intérêt général, notamment la protection des travailleurs, dont la légitimité est reconnue par la Cour depuis 1981 <sup>(47)</sup>, ainsi que sur le respect des droits fondamentaux dont la Cour assure la protection, notamment le droit de négociation et d'action collective énoncé dans l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux <sup>(48)</sup>. Certes, la force juridique de cette Charte est incertaine, mais les dispositions du traité CE relatives à la politique sociale pourraient conforter cet argument en ce qu'elles se réfèrent à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs et accordent une place essentielle à la négociation collective. Il en est de même du droit dérivé, tout particulièrement de la directive 96/71 qui indique qu'elle est « sans préjudice du droit des Etats membres en matière d'action collective pour la défense des intérêts professionnels ». Enfin, la jurisprudence de la Cour pourrait être citée en ce sens <sup>(49)</sup>. Ainsi, la protection des travailleurs constitue un intérêt légitime et la protection du droit de négociation collective et d'action collective appartient à la catégorie des droits fondamentaux <sup>(50)</sup>, intérêt et droit protégés par la Cour.

Cependant il ne suffit pas d'invoquer un intérêt légitime ou un droit fondamental. La justification d'une entrave à la libre prestation de services est subordonnée au respect de plusieurs conditions. D'une part, il est nécessaire que la pratique à l'origine de l'entrave ne soit pas discriminatoire. Elle ne l'est pas lorsque le prestataire établi dans un autre Etat membre n'est pas déjà lié, dans cet Etat, par une convention collective. Dans l'hypothèse inverse, en vertu de la « lex britannica », apparaît une différence de traitement en fonction du lieu d'établissement <sup>(51)</sup>. D'autre part, la pratique doit être apte à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et respecter le principe de proportionnalité. L'examen de cette dernière condition constitue l'étape la plus délicate de ce contrôle de compatibilité <sup>(52)</sup>. En effet, lorsqu'elle se livre à cet examen, la Cour peut prendre en considération plusieurs éléments <sup>(53)</sup>. En premier lieu, l'intérêt en cause, la protection des travailleurs, ne doit pas être protégé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il est établi. Il appartiendra au juge national de vérifier ce point. En second lieu, l'appréciation portera sur le moyen utilisé pour protéger les travailleurs détachés. Certes, la directive prévoit l'application d'un « noyau dur » de règles minimales et fait obligation aux Etats de veiller à ce que les travailleurs disposent de procédures adéquates aux fins de l'exécution des obligations qu'elle énonce <sup>(54)</sup>. Néanmoins, le moyen choisi, l'action collective, peut paraître disproportionné en ce qu'il conduit à paralyser totalement la libre prestation des services. Enfin, il faut constater que l'action des syndicats aboutit à imposer au prestataire des obligations qui vont au-delà de ce qu'exige la directive <sup>(55)</sup>, ce qui pourrait être jugé contraire au principe de proportionnalité. Cette appréciation paraît être celle de la Commission <sup>(56)</sup>. Cependant, la directive offre la possibilité aux Etats membres d'accroître cette protection <sup>(57)</sup>.

C'est donc vraisemblablement le contrôle de la justification de l'entrave qui constituera la clé permettant de concilier le droit fondamental d'action des syndicats, y compris par la grève ou le blocus, et les libertés économiques qui structurent le droit communautaire. Il n'est pas exclu que la CJCE conclut au caractère inadéquat ou disproportionné de la réaction des syndicats suédois dans le cas Laval. Dans cette hypothèse, la solution devrait conduire les Etats à légiférer sur les modalités d'action des syndicats. En effet, l'absence de compétence communautaire en matière de droit d'association, de droits de grève et de lock-out ne confère pas aux Etats membres un blanc-seing ; ceux-ci doivent veiller à ce que les actions syndicales s'exercent dans le respect des libertés communautaires. Se poserait alors la question de l'acceptation par le corps social des restrictions, notamment au droit de grève, particulièrement dans les Etats où l'action des syndicats n'est que faiblement réglementée...

Mais la Cour peut aussi, il est vrai, renvoyer au juge national le soin de procéder au contrôle de justification.

- (1) Cet article est issu d'une communication présentée lors d'une journée d'étude organisée par le Lirhe le 20 avril 2007.
- (2) L. Rubalcaba Bermejo, « L'Europe a besoin d'une économie de services compétitive » : Problèmes économiques 2006 n° 2-905, La documentation française p. 2 s.
- (3) Etudes économiques de l'OCDE, « Etat des lieux de l'intégration des services en Europe » : Problèmes économiques 2006 n° 2-905, La documentation française p. 7 s., sp. p. 10.
- (4) Voir J.E. Dolvik et L. Eldering, « Mobility of services and posting of workers in the enlarged Europe-challenges for labour market regulation » : Editorial, Revue Transfer 2/2006 p. 144 ; A. Math, « Le salaire minimum pris au piège de la sous-traitance internationale ? » : Chronique internationale de l'IRES n° 103 novembre 2006 p. 28 s., sp. p. 30 et 31.
- (5) Directive du 16 décembre 1996 relative au détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.
- (6) Salaire mensuel minimum en euros en 2004 : Bulgarie 61 ; Roumanie 69 ; France 1 173 ; Pays-Bas 1 265..., source Eurostat, cité par P. Artus et E. Ménascé, « Que penser de la directive services version Bolkenstein ? » : Problèmes économiques 2006 n° 2-905, La documentation française p. 15. Les salaires d'Allemagne occidentale représentent six fois ceux de la Pologne, quant à la durée annuelle du travail, elle est égale à : 1 964 h en République tchèque, 1 954 h en Pologne ; 1 905 h en Lettonie, 1 447 h en France : Etudes économiques de l'OCDE préc. p. 12.
- (7) J.E. Dolvik et L. Eldering, préc. p. 144.

- (8) Les économistes eux-mêmes soulignent que, même si une réforme des marchés du travail pourrait en atténuer l'ampleur, il y aura des répercussions néfastes pour les salariés de ces Etats. En particulier, quel que soit le scénario, une baisse des salaires à l'Ouest semble inéluctable... : Etudes économiques de l'OCDE préc. p. 12.
- (9) CJCE 17 décembre 1981 aff. 279/80, Webb.
- (10) Voir notamment : CJCE 3 février 1982 aff. 62/81 et 63/81, Seco et Desquenue : Rec. 223 ; CJCE 23 novembre 1999 aff. C-369/96 et C-376/96, Arblade : RJS 1/00 n° 128, Rec. I-8453 ; CJCE 15 mars 2001, aff. C-165/98, Mazzoleni : RJS 6/01 n° 805, Rec. I-2189 ; CJCE 25 octobre 2001 aff. jtes C-49/98, C-50/98, C-52/98 et C-68/98 à C-71/98, Finalarte : RJS 3/02 n° 365, Rec. I-7831 et CJCE 24 janvier 2002 aff. C-164/99, Portugaia Construcoes Lda : RJS 4/02 n° 509, Rec. I-787.
- (11) Dans le vocabulaire de la Cour, la protection des travailleurs constitue une « raison impérieuse d'intérêt général ».
- (12) Communication de la Commission, « La mise en œuvre de la directive 96/71/CE dans les Etats membres », 25 juillet 2003, COM(2003) 458 final.
- (13) CJCE 14 octobre 2004 aff. C-60/03, Wolff & Muller.
- (14) CJCE 14 avril 2005 aff. C-341/02, Commission c/ République fédérale d'Allemagne : RJS 7/05 n° 790, Rec. I.2733.
- (15) Arrêt précité.
- (16) Article 3 - 1°.
- (17) En outre, le douzième considérant de la directive reprend cette formulation.
- (18) Ainsi, dans l'arrêt du 14 avril 2005, la Cour relève que l'Etat « a fait usage de la faculté prévue par la directive 96/71 d'adopter des dispositions régissant le taux de salaire minimal sur le territoire national », arrêt précité pt. 26.
- (19) Considérants n° 13 et 14.
- (20) Ainsi, dans ses conclusions pour l'affaire Laval, l'Avocat général examine si la transposition de la directive permet d'assurer le respect de ces normes minimales qui résultent, en l'espèce, de la négociation et de l'action collective (n° 172 s.).
- (21) CJCE 12 octobre 2004 précité pt. 30.
- (22) Arrêt précité.
- (23) Sur cet arrêt, voir L. Idot : Revue Europe 2004 comm. 406.
- (24) Elle est « surprenante » pour L. Idot, op. cit.
- (25) Sur cet arrêt, voir G. Jazottes : RTD com. 2005 p. 436 n° 2.
- (26) Affaire C-490/04. Conclusions de l'Avocat général présentées le 14 décembre 2006.
- (27) J.E. Dolvik et L. Eldering, préc. sp. 142.

- (28) préc.
- (29) préc.
- (30) P. Ughetto, « Irish Ferries jette ses équipages nationaux par-dessus bord » *Chronique internationale de l'Ires* 2006 n° 102 p. 42.
- (31) Mais également du cas Viking line.
- (32) Voir A. Math, préc. sp. 34.
- (33) CJCE 1er décembre 1965 aff. 16/65, Schwarze : Rec. 1081.
- (34) Le respect du principe de non-discrimination ne fera pas l'objet d'une analyse particulière puisque sa protection est assurée par l'application de l'article 49 CE.
- (35) CJCE 5 octobre 2004 aff. C-397 à 403/01, Pfeiffer : RJS 12/04 n° 1336, Rec. I.8835. La directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à son encontre.
- (36) Sur ce point, voir les conclusions de l'Avocat général qui considère que la transposition effectuée par la Suède est correcte (n° 164 s.).
- (37) D. Simon considère que l'article 49 CE ne crée d'obligations qu'à l'égard des Etats membres. Il en irait différemment de la libre circulation des personnes : « Le système juridique communautaire », PUF 3e éd. n° 314. En revanche, G. Isaac et Blanquet mentionnent l'article 59 parmi les dispositions « opposables non seulement aux Etats mais encore à des particuliers », en ce qu'il participe au respect de l'interdiction des discriminations : *Droit communautaire général* 9e éd. Colin p. 193.
- (38) CJCE 12 décembre 1974 aff. 36/74, Walrave : Rec. 1420.
- (39) Voir également CJCE 11 avril 2000 aff. jtes C-51/96 et C-191/97, Deliège : Rec. I-2549 et CJCE 19 février 2002 aff. c-309/99, Wouters : Rec. I-1577.
- (40) CJCE 9 juin 1997 aff. 90/76, Van Ameyde : Rec. 1091.
- (41) En ce sens, voir J. Schapira, G. Le Tallec, J.-B. Blaise, L. Idot « *Droit européen des affaires* » PUF 5e éd. p. 543 s.
- (42) Cette analyse paraît être celle de l'Avocat général dans ses conclusions (n° 183 s.).
- (43) Voir infra 3°).
- (44) Sur ce point, voir l'analyse menée par l'Avocat général dans ses conclusions, n° 264 : la jurisprudence exige « des Etats membres d'accueil, notamment de leurs juridictions, qu'ils apprécient l'équivalence ou le caractère essentiellement comparable de la protection déjà offerte aux travailleurs détachés par la législation ou les conventions collectives dans l'Etat d'établissement du prestataire de services ».
- (45) CJCE 9 décembre 1997 aff. 265/95, Commission / France ; CJCE 12 juin 2003 aff. C-112/00, Eugen Schmidberger : RJS 10/03 n° 1243, Rec. I-5659.

- (46) Enoncées dans l'article 46 CE qui s'applique à la libre prestation de services par renvoi de l'article 66.
- (47) CJCE 17 décembre 1981 aff. 279/8, Webb, précité.
- (48) Article 28 : Les travailleurs et les employeurs, ou leurs organisations respectives, ont, conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales, le droit de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés et de recourir, en cas de conflits d'intérêts, à des actions collectives pour la défense de leurs intérêts, y compris la grève. Pourrait également être invoqué le paragraphe 4 de l'article 6 de la Charte sociale européenne.
- (49) CJCE 21 septembre 1999 aff. C-67/96, Albany : RJS 3/00 n° 348, qui exclut l'application de l'interdiction des ententes anticoncurrentielles à des accords collectifs au motif qu'ils participent à la satisfaction des objectifs de la politique sociale, pt. 54 à pt. 64.
- (50) En ce sens, voir les conclusions de l'Avocat général dans l'affaire Laval, précitées, n° 78.
- (51) Les syndicats peuvent agir contre ce prestataire alors qu'il ne le pourrait pas lorsque l'employeur est établi en Suède.
- (52) Voir les conclusions de l'Avocat général, n° 254 s.
- (53) Certains de ces critères du respect du principe de proportionnalité sont développés par l'Avocat général dans ses conclusions.
- (54) Article 5.
- (55) Ainsi, elle se réfère à un salaire minimal et non à un salaire moyen, objet de la revendication des syndicats (concl. Avocat général, n° 37).
- (56) Voir Liaisons sociales Europe n° 146 p. 3, « La Commission donne sa version des faits dans l'affaire Vaxholm ».
- (57) En ce sens voir le considérant n° 17 et l'article 3, paragraphe 10 de la directive.