

La production des Cours européennes en droit social : éléments de réflexion (*)

par Michèle Bonnechère, Professeur à l'université d'Evry, Val d'Essonne

PLAN

I. La jurisprudence sociale européenne au confluent du droit de personnes et du droit des biens

- A. La dimension sociale de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations individuelles de travail : aspects
- B. La protection de la santé de travailleurs, fondement du droit communautaire du temps de travail
- C. Travail précaire : importances et limites du droit communautaire

II. La jurisprudence sociale européenne et l'action collective

- A. Droit syndical et droit de négociation collective
- B. L'action collective dans la jurisprudence des cours européennes

III. La lutte contre le dumping social, et l'ordre public social

- A. Dans l'affaire *Laval*
- B. Dans l'affaire *Rüffert*
- C. Dans l'affaire *Commission c/Luxembourg*

IV. Observations générales sur cette jurisprudence : l'Europe, la concurrence et les droits du travail

Il est risqué d'essayer une synthèse sur la jurisprudence sociale des Cours européennes. Le sujet peut paraître vide et sans portée concrète. Vide car mises à part la liberté syndicale et l'interdiction du travail forcé, les droits sociaux ne sont pas au nombre des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme. Or le contrôle de la Charte sociale européenne (1) a été soustrait à la Cour de Strasbourg, et attribué, au plan du Conseil de l'Europe, à un Comité d'experts, le Comité européen des droits sociaux (2). La Cour de Luxembourg de son côté, saisie de recours préjudiciels, donne dans le cadre de l'Union européenne, l'interprétation d'un droit social en pointillé, n'apparaissant qu'au second plan du droit communautaire, lequel est volontiers dénoncé comme subordonnant le droit du travail aux libertés économiques.

L'intérêt d'une bonne connaissance de cette jurisprudence européenne peut en second lieu paraître faible pour la pratique quotidienne du droit social. D'une part dans le cadre du Conseil de l'Europe l'invocabilité directe de la Charte sociale européenne devant le juge national ne va pas de soi pour l'ensemble de ses dispositions (3), tandis que la possibilité de faire intervenir la Convention européenne des droits de l'Homme dans le champ des relations de travail est perçue comme faible. D'autre part, dans le cadre de l'Europe communautaire, les directives d'harmonisation des législations sociales ne produisent pas d'effet direct dans les rapports employeur-salarié, le texte de transposition de la directive étant un passage obligé dans les litiges entre particuliers, car "l'obligation d'interprétation conforme" imposée au juge national n'assure aux directives non ou mal transposées que des effets indirects dans les rapports privés.

Sur un plan très concret, pourtant, les effets de la jurisprudence des Cours européennes se manifestent. Ainsi, la Cour européenne des droits de l'Homme applique-t-elle les règles du procès équitable (article 6) au droit social et affirme-t-elle depuis longtemps, à propos du

"délai raisonnable" que l'enjeu d'un procès concernant un licenciement exige une célérité toute particulière (4). Dans son arrêt *Miclici c/Roumanie* du 20 décembre 2007, elle a étendu cette exigence à l'exécution des décisions de justice en matière sociale (5). Quant à la Cour de

(*) Cette étude est réalisée à partir d'une intervention orale effectuée le 2 juillet 2008 dans le cadre du "Campus des avocats" organisé par le Barreau de Paris. D'où la forme inhabituelle de cette chronique jurisprudentielle, qui tente de situer dans une évolution d'ensemble les arrêts les plus récents.

(1) Charte sociale européenne du 18 octobre 1961, adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe, et Charte révisée du 3 mai 1996 ; cette dernière au Dr. Ouv. 2004 p. 63.

(2) Le Comité européen des droits sociaux, composé d'experts indépendants, examine périodiquement la conformité des législations et pratiques nationales à la Charte sur la base de rapports nationaux. Ses conclusions n'aboutissent pas à des décisions contraignantes. Le "système de réclamations collectives" mis en place par le protocole additionnel du 9 novembre 1995 permet notamment aux ONG et aux

syndicats de saisir le Comité, mais l'impact de cette procédure sur les droits nationaux est encore peu perceptible.

(3) Dans son arrêt du 19 octobre 2005 (relatif à l'ordonnance du 2 août 2005 sur le CNE), Dr. Ouv. 2006.75, le Conseil d'Etat a admis l'applicabilité directe de la Charte au sens où il a directement confronté à son article 24 les dispositions de l'ordonnance. La question de l'invocabilité directe des différents articles de la charte dans un litige entre particuliers est différente.

(4) *Delgado*, 14 novembre 2000, D. 2001 II 2787 n. J.P. Marguénaud et J. Mouly ; *Jussy*, 8 avr. 2003 Dr. Ouv. 2003 p. 425.

(5) CEDH, 20 déc. 2007, *Miclici c/Roumanie*, n° 23 657/03 ; chronique B. Bossu et J.Ph. Tricoit à la RDT, 2008.442.

justice des Communautés européennes, les conséquences pratiques de ses arrêts interprétatifs ont été non négligeables, par exemple sur la question des heures d'équivalence (6) ou sur celle du calcul des effectifs (7).

Maîtriser la jurisprudence sociale des Cours européennes est nécessaire en raison des apports qui s'en dégagent, indissociablement théoriques et pratiques. La question de la "synergie" des sources européennes est souvent abordée par référence à la dualité des normes du Conseil de l'Europe (charte sociale et CEDH).

S'intéresser à la jurisprudence sociale des Cours européennes conduit à une démarche plus riche. Celle-ci prend pour point de départ l'existence d'un patrimoine commun, visé à l'article 6 du Traité sur l'Union européenne en y incluant le droit social (selon l'article 6 du Traité sur l'Union européenne, "*l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales... et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres, en tant que principes généraux du droit communautaire*"). S'impose alors l'idée d'interdépendance (et inter complémentarité) des normes juridiques européennes, et apparaît la nécessité d'une cohérence dans leur interprétation et leur mise en œuvre, surplombant les ordres juridiques distincts.

Des techniques sont mobilisées par les Cours européennes en ce sens. La Cour de Strasbourg développe une interprétation large de la notion de droits et obligations de caractère civil entrant dans le champ de la convention EDH et surtout trace les contours de notions autonomes. La Cour de Luxembourg définit les principes généraux du droit communautaire (qui priment sur le droit dérivé), en s'inspirant de la Convention européenne des droits de l'Homme et des traditions constitutionnelles des Etats membres, et parfois en allant au-delà.

Quelles que soient les déceptions et les contradictions, voire les dénonciations à exprimer, des ébauches se constatent, des constructions sont amorcées, et il appartient tant à la doctrine qu'aux praticiens de travailler à les infléchir.

Une illustration de cette dialectique des ordres juridiques au niveau européen peut être tirée des arrêts rendus par les Cours de Strasbourg et de Luxembourg en matière de droit au regroupement familial des Migrants et de protection de la vie familiale. L'exemple oblige à dépasser les schémas simplistes.

- En droit communautaire, la base textuelle réside dans la directive 2003/86 du 22 septembre 2003 (8) relative

au droit au regroupement familial, sur laquelle la CJCE a été amenée à se prononcer en raison de la requête du Parlement européen visant l'annulation de trois de ses dispositions. Le Parlement se fondait directement sur l'article 8 de la Convention EDH (droit au respect de la vie familiale) et le Conseil avait objecté devant la Cour que la Communauté n'est pas partie contractante à cet instrument.

L'arrêt de la Cour de justice rendu le 27 juin 2006 (9) rappelle que "*les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect*" mais exerce un véritable contrôle de conformité de la directive à l'article 8 CEDH (mentionné dans le préambule du texte), en se référant à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, et en prenant aussi en considération le pacte sur les droits civils et politiques, la convention sur les droits de l'enfant et la charte sociale européenne .

Un auteur (10) a souligné que la CJCE (qui a rejeté la requête du Parlement) en faisait à la fois trop et trop peu : elle aurait dû passer par la définition d'un principe général du droit communautaire, et y intégrer le droit au regroupement familial, le droit communautaire allant ici plus loin que l'article 8 CEDH tel que l'interprète la Cour de Strasbourg. Le droit communautaire affirme un droit au regroupement familial, la Convention EDH protège le droit à une vie familiale.

- La Cour EDH répète invariablement que l'article 8 ne peut être interprété comme imposant à un Etat de permettre le regroupement familial sur son territoire (dès lors que ce regroupement est possible ailleurs !), tout en ajoutant des nuances tirées du juste équilibre à ménager entre les intérêts des personnes et ceux de la société, ce qui peut faire obstacle à l'expulsion d'un étranger.

Selon les arrêts *Sen c/Pays-Bas* du 21 décembre 2001 et *Uner c/Pays-Bas* du 18 octobre 2006 (11), l'article 8 CEDH protège en outre le développement de la vie familiale, et peut engendrer pour les Etats des "obligations positives" inhérentes à un respect effectif de la vie familiale. Dans son arrêt du 27 juin 2006 précité, la CJCE parle de son côté d'obligations précises découlant pour les Etats de la directive, correspondant à la reconnaissance par celle-ci de droits subjectifs au profit des migrants.

L'intercomplémentarité des normes n'est cependant pas toujours aussi flagrante, et présenter la production des Cours européennes en droit social risquerait de sombrer dans le catalogue en l'absence de choix.

La sélection (partielle par hypothèse) qui suit retient d'abord, s'agissant des relations individuelles de travail,

(6) CJCE 1^{er} décembre 2005, *Dellas*, aff. C-14/04, Dr. Ouv. 2006.364 et la note.

(7) CJCE 18 janvier 2007, *CGT, CFDT, FO c/Premier ministre*, aff. C-385/05, Dr. Ouv. 2007.197 et la note.

(8) JOCE du 3 octobre 2003.

(9) Dr. Ouv. 2006.556, et les observations.

(10) D. Martin, Rev. Int. Dr. H. 2008, p. 595.

(11) N° 31465/96 et n° 46410/99.

des arrêts faisant appel tant au droit des biens qu'au droit des personnes, intéressants à rappeler parce que pouvant être rattachés à la perspective du "travail décent" (I). "Dans un second temps sont commentées un certain nombre de décisions récentes relatives d'une part aux

droits d'action collective (II), d'autre part à la lutte contre le dumping social (III), dont les enjeux imposent l'analyse. A l'issue de cette présentation, une réflexion sera tentée sur les évolutions en cours (IV).

I. La jurisprudence sociale européenne au confluent du droit des personnes et du droit des biens

L'on s'intéressera d'abord à l'utilisation par la Cour de Strasbourg de la technique des notions autonomes, permettant l'application des concepts de la Convention EDH en matière sociale, dans deux domaines : la protection du droit aux prestations sociales, et le droit au respect de la vie privée et familiale du salarié. Puis l'on rappellera l'importance de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg en matière de temps de travail. Le bilan est plus contrasté sur le travail précaire (C).

A. La dimension sociale de la Convention européenne des droits de l'Homme dans les relations individuelles de travail : aspects

L'enrichissement des concepts de la Convention EDH a permis des applications au droit social dont toutes les conséquences n'ont pas encore été tirées.

Dans son arrêt du 16 octobre 1996, *Gaygusuz c/Autriche* (12), la Cour EDH a qualifié (de manière elliptique) de droit patrimonial une allocation de fin de droits refusée à un chômeur turc en raison de sa nationalité. Ceci a permis l'application au cas de l'article 14 de la Convention (interdiction des discriminations) combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1 relatif au droit au respect des biens. Au passage, la Cour précisait que "seules des considérations très fortes" pouvaient l'amener à estimer compatible avec la Convention une différence de traitement exclusivement fondée sur la nationalité, rappelant qu'une distinction doit avoir une justification objective et raisonnable.

La réception par la Chambre sociale (13) et le Conseil d'Etat (14) de cette jurisprudence représente un outil puissant de lutte contre les discriminations.

Mais avec l'arrêt *Aubert et autres c/France* du 9 janvier 2007 (15), il n'est plus question de discrimination. Etait en

cause le droit de salariés employés par des établissements médico-sociaux à des rappels de salaire à valoir sur des heures de veille nocturne comptabilisés sur la base d'un régime d'heures d'équivalence résultant d'accords collectifs. S'appuyant sur la position majoritaire des juges du fond, sur celle de la chambre sociale de la Cour de cassation (16), et citant largement l'arrêt *Dellas* (1^{er} décembre 2005 précité) de la Cour de Luxembourg, la Cour de Strasbourg a considéré qu'existait un intérêt patrimonial, constituant au moins une "espérance légitime" d'obtenir le rappel de salaires pour les heures litigieuses, espérance ayant le caractère d'un "bien" au sens de l'article 1^{er} du protocole n° 1. L'arrêt *Aubert* se prononce sur la loi du 19 janvier 2000 ayant validé les versements effectués sur la base des stipulations contestées des accords collectifs : c'est une ingérence dans l'exercice des droits de salariés au respect de leurs biens, qui ne procède pas d'un impérieux motif d'intérêt général. La Cour EDH retient que cette ingérence a revêtu un caractère disproportionné, rompant le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et la sauvegarde des droits fondamentaux des individus.

A noter que l'arrêt *Arnolin c/France* rendu par la Cour de Strasbourg le même jour aboutit à la même conclusion sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne. Et dans son arrêt du 13 juin 2007 (17), la Chambre sociale l'a introduit dans ses visas ("*l'article 6 tel qu'interprété par l'arrêt Arnolin de la Cour européenne...*").

La jurisprudence *Gaygusuz* et ses suites peut donner une nouvelle vitalité à la notion de propriété de l'emploi : l'emploi est un bien en tant qu'il contribue à la dignité de la personne humaine. Cette approche va à l'encontre de l'idée qu'il faudrait protéger la personne plus que l'emploi dans le cadre de la réforme du marché du travail, obligeant sans doute à approfondir les concepts. L'on note que selon

(12) CEDH 16 septembre 1996, D.1998.438, note J. Marguénaud et J. Mouly ; v. A. Carillon, *Les sources européennes des droits de l'homme salarié*, Bruylant 2006, spéc. p. 443.

(13) Soc. 14 janv. 1999, *Bozkurt*, JCP 1999.II.10082, note F. Sudre (l'arrêt vise l'interprétation de la Cour EDH).

(14) CE Ass. 30 nov. 2001, *Ministre de la Défense c/Diop*, RFDAdm 2001.573, concl. J. Courtial.

(15) Cour EDH 9 janv. 2007, *Aubert et autres c/France*, Dr. Ouv. 2007.195, et les observations.

(16) Soc. 29 juin 1999, Dr. soc. 1999.767, concl. S. Kehrig, Dr. Ouv. 1999 p. 355 n. M. Poirier ; Soc. 24 avril 2001, Dr. soc. 2001.583, concl. S. Kehrig. L'arrêt d'Assemblée plénière du 24 janvier 2003 (Dr. Ouv. 2003 p. 207 n. Y.L.P.) avait admis au contraire la conventionnalité de la loi du 19 janvier 2000 (article 29) validant la mise en œuvre des accords collectifs prévoyant des heures d'équivalence.

(17) Soc. 13 juin 2007, 05-45694 et 05-45696.

l'arrêt *Rada c/Roumanie* du 8 novembre 2007, "le droit à être réintégré à son ancien poste revêt un caractère patrimonial en raison des répercussions pécuniaires découlant de la réintégration" (18), ce qui signifie que le droit à réintégration relève de la protection des biens.

Mais jusqu'à présent la Cour EDH a permis aux seuls travailleurs indépendants (arrêt *Lallement c/France* du 11 avril 2002) de se fonder sur l'article 1 du protocole n° 1, pour réclamer le respect du "droit de gagner sa vie par le travail" (19). S'agissant des salariés, ce droit est rattaché à la protection de l'article 8 parce qu'il conditionne l'effectivité du droit au respect de la vie privée et familiale, lié directement au maintien du droit au travail.

Pour cette raison la Cour EDH pourrait faire porter son contrôle sur les motifs du licenciement, voire de la nouvelle "rupture conventionnelle" (20).

Dores et déjà, la Cour de Strasbourg s'est prononcée sur le respect de la vie privée du salarié sur le lieu de travail. L'arrêt *Copland c/Royaume uni* du 3 avril 2007 concerne l'utilisation des nouvelles technologies de communication. L'employée d'un collège britannique faisait l'objet à son insu d'une surveillance concernant ses appels téléphoniques, ses courriels et son utilisation d'Internet sur son lieu de travail. La Cour EDH rappelle que les appels téléphoniques passés depuis le lieu de travail relèvent de la protection de l'article 8 (21) et applique le même raisonnement aux courriels et aux informations sur l'usage qu'un employé fait d'Internet. Dans cette affaire étaient en cause les obligations de l'Etat, gestionnaire du collège, mais l'effet direct de la Convention européenne dans les relations de travail conduit au même résultat dans le secteur privé.

L'article 8 de la Convention EDH doit plus largement être un outil majeur de protection des droits fondamentaux du salarié en matière de réglementation du temps de travail : les nouveaux équilibres dont peut être porteuse la recherche de "flexicurité" en relèvent très concrètement.

B. La protection de la santé des travailleurs, fondement du droit communautaire du temps de travail

Il faut souligner sur cette question du temps de travail l'importance de la jurisprudence communautaire, en partie menacée par les projets de révision de la directive 93/104

du 23 novembre 1993. La Cour de justice avait rendu l'un de ses arrêts les plus marquants le 12 novembre 1996 (22) en refusant de considérer comme erroné le fondement de la directive 93/104, c'est à dire l'ancien article 118 A traitant de la protection de la sécurité et de la santé des travailleurs. L'arrêt s'appuyait sur la définition de la santé par l'OMS (*un état complet de bien-être physique, mental et social*). La directive de codification du 4 novembre 2003 (2003/88) vise désormais l'article 137 §2, ayant le même contenu.

Ce fondement a conduit la Cour de Luxembourg à donner une définition exigeante du temps de travail, que la directive définit par opposition au temps de repos. Il résulte notamment des arrêts *Simap* (23), *Jaeger* (24) et *Pfeiffer* (25) que les notions en cause sont de droit communautaire et que se rattachent intégralement au temps de travail les périodes de garde d'un médecin hospitalier comprenant évidemment des phases d'inactivité et de repos.

Selon la Cour de justice les limites fixées par la directive constituent des règles de droit social revêtant une importance particulière, dont doit bénéficier effectivement chaque travailleur. D'où l'arrêt *Dellas* (26), condamnant le système d'heures d'équivalence pratiqué dans les établissements médico-sociaux, dès lors que n'est pas garanti le respect de l'intégralité des prescriptions minimales édictées par la directive (durées maximales, périodes de repos minimales).

D'où également l'affirmation du droit au congé annuel comme un principe du droit social communautaire (27) ou un droit social communautaire revêtant une importance particulière (28).

C. Travail précaire : importances et limites du droit communautaire

Dans son arrêt *K. Adenier* du 4 juillet 2006 (29), la Cour de justice avait donné une interprétation stricte de la notion de "raisons objectives" (clause 5) autorisant le renouvellement des contrats à durée déterminée dans la directive 1999/70 du 28 juin 1999, et la Cour de cassation en a tiré les conséquences en opérant un revirement sur le régime des CDD d'usage (30). La juridiction communautaire est revenue sur l'interprétation de la même norme le 15 avril 2008 (31) précisant

(18) CEDH 8 novembre 2007, *Rada c/Roumanie*, aff. n° 38 840/03, RJS 3/08.185, obs. C. Kouchner.

(19) J.P. Marguénaud et J. Mouly, "Le droit de gagner sa vie par le travail devant la Cour européenne des droits de l'Homme", D. 2006 chron. 477.

(20) se reporter à l'étude "Les résiliations sans motivation", Dr. soc. sept.-oct. 2008, p. 933 s, spéc. p. 935-36.

(21) arrêt *Halford c/Royaume-Uni* du 25 juin 1997.

(22) *Royaume-Uni c/Conseil*, affaire C84/94, Dr. Ouv. 1996.513 et la note.

(23) 3 oct. 2000, aff. 303/98, Dr. Ouv. 2000.505 et la note.

(24) 9 sept. 2003, aff. C-151/02.

(25) 5 oct. 2004, C-397/01 et a., Dr. Ouv. 2004.575 et la note.

(26) 1^{er} décembre 2005, aff. C14/04, Dr. Ouv. 2006.364 et la note.

(27) CJCE 26 juin 2001, *Bectu*, aff. 173/99.

(28) CJCE 16 mars 2006, *Robinson Steele*, aff. C-131/04 et C-275/04, CJCE 6 avril 2006, aff. C-124/05, Dr. Ouv. 2006.365 et la note.

(29) Dr. Ouv. 2006.553 et les observations.

(30) Soc. 23 janvier 2008 Dr. Ouv. 2008 p. 242 n. J. Guyon.

(31) aff. C-268/06, *Impact*.

notamment que cette clause 5 ne produit pas d'effet direct (en l'occurrence à l'encontre de l'Etat).

En matière de travail à temps partiel les ambiguïtés de l'accord cadre ayant abouti à la directive 97/81 sont renforcées par un arrêt du 24 avril 2008 (32). La double finalité de la norme, rappelée par la Cour, étant l'élimination des discriminations avec les travailleurs à temps plein, et la promotion du travail à temps partiel, les juges communautaires déclarent incompatible avec la directive l'obligation faite en Italie aux entreprises de notifier à l'administration les contrats à temps partiel, sous peine d'amende. Il faut dire que la clause 5,1 a) de

l'accord-cadre impose aux Etats d'éliminer les obstacles administratifs pouvant limiter les possibilités de travail à temps partiel. L'on est frappé toutefois par le type de contrôle exercé par la Cour de justice. Au gouvernement italien invoquant la nécessité de lutter contre le travail au noir, les juges répondent que la mesure ne peut être justifiée que si elle est proportionnée à l'objectif à atteindre et en l'absence d'autres moyens.

Ce contrôle de proportionnalité, exercé sur les mesures prises par un Etat, a été également appliqué récemment aux actions collectives mises en œuvre par les syndicats.

II. La jurisprudence sociale européenne et l'action collective

Un bref regard sur les sources est un préalable utile. La liberté d'association, y compris syndicale, est garantie par l'article 11 de la convention EDH. Le droit d'association n'est mentionné dans le Traité de Nice que pour l'exclure du champ des directives d'harmonisation des législations sociales, en même temps que le droit de grève (article 136 §6). Ni le traité communautaire, ni le droit dérivé ne traitent des syndicats ; il est question des "partenaires sociaux", et le droit syndical n'est visé que comme objet de la coopération entre Etats à l'article 140. Par contre, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne affirme (article 12) la liberté de réunion et d'association y compris dans le domaine syndical, "*ce qui implique le droit de toute personne de fonder avec d'autres des syndicats et de s'y affilier pour la défense de ses intérêts*". Et la même Charte comporte un article 28 sur le "droit de négociation et d'actions collectives", *y compris la grève*, ce qui fait écho à l'article 6 de la Charte sociale européenne (Conseil de l'Europe) sur le droit de négociation collective dans lequel les Etats parties "*reconnaissent le droit de travailleurs et des employeurs à des actions collectives... y compris le droit de grève...*".

Après avoir rappelé brièvement certains aspects essentiels de la jurisprudence des Cours européennes sur le droit syndical et sur la négociation collective (A), l'on s'attachera aux développements récents sur le droit de grève et ses rapports avec les libertés économiques, mais aussi sur la lutte contre le dumping social (tant par la grève que par le rôle des conventions collectives), à partir des arrêts *Viking*, *Laval*, *Rüffert* et *Commission c/Luxembourg* (B).

A. Droit syndical et droit de négociation collective

Pour la Cour de Strasbourg, le droit syndical est d'abord le droit d'association négatif : la liberté de ne pas se syndiquer (33), et elle l'a redit dans son arrêt (de Grande Chambre) *Sorensen-Rasmussen c/Danemark* du 11 janvier 2006 (qui n'exclut pas le même niveau de protection pour les aspects positifs et négatifs du droit protégé par l'article 11) (33 bis).

L'affaire *Gustafsson c/Suède*, celle d'un restaurateur refusant d'adhérer à une convention collective, a été signalée par la doctrine (34) comme admettant que la négociation collective se rattache à l'article 11 (*v. infra*), mais elle a donné lieu à une constatation importante de la Cour : "*l'article 11 ne garantit pas en tant que tel le droit de ne pas souscrire à une convention collective*".

L'on trouve un écho (passé un peu inaperçu) de cette dernière interprétation dans l'arrêt *Werhof* rendu le 9 mars 2006 (35) par la Cour de Luxembourg. Werhof travaillait pour une société du groupe Siemens membre d'un syndicat patronal et bénéficiait ainsi d'une convention collective de la Métallurgie en Rhénanie du Nord. Son établissement d'emploi ayant été cédé à une société n'appartenant à aucune association patronale et ne relevant d'aucune convention collective, il voulut se prévaloir d'une interprétation du droit allemand conforme selon lui à l'esprit de la directive transfert 98/50 du 29 juin 1998. Celle-ci prévoit le maintien de l'applicabilité de la convention collective, avec des limites dont les conditions n'étaient pas remplies en l'espèce. La Cour de justice, référence à l'arrêt *Gustafsson* à l'appui, estime cette solution impossible : le droit fondamental de ne pas s'associer du cessionnaire doit être garanti.

(32) aff. jointes C-55/07, C-55/06.

(33) Cour EDH, 30 juin 1993, *Sigurdur A.Sigurjonson c/Islande*.

(33 bis) N° 52562/99 et n° 52620/99.

(34) CEDH, 30 juillet 1998, n° 15573/89 ; exposé de J.P. Marguénaud et J. Mouly à l'Association française de droit du travail, juin 2008, en ligne sur www.afdt-asso.fr

(35) aff. C-499/04.

Le droit de négociation collective n'est pas directement rattaché par la Cour EDH à l'article 11 de la Convention, mais l'arrêt *Demir c/Turquie* du 21 novembre 2006 (35 bis), parlant d'un lien organique avec la liberté syndicale (et citant à ce propos le Comité européen des droits sociaux), l'a vu comme l'un des moyens, le cas échéant le principal, de protéger les intérêts des travailleurs affiliés à un syndicat.

La Cour de justice CE a reconnu la nature spécifique de l'accord collectif et l'importance de son objet. En soustrayant les conventions collectives au domaine d'application du droit de la concurrence (36) la CJCE a entendu préserver leur intégrité en tant qu'elles sont le résultat d'une négociation entre les organisations représentatives des employeurs et travailleurs et sont destinées à améliorer les conditions d'emploi et de travail comprises largement.

B. L'action collective dans la jurisprudence des Cours européennes

1° Le droit de grève

Le droit de grève est reconnu sans l'être tout à fait par la Cour de Strasbourg, dans ses arrêts *Karaçay c/Turquie* du 27 mars 2007 (36 bis) et *Satilmis et autres c/Turquie* du 17 juillet 2007 (36 ter).

L'arrêt *Karaçay* concernait un avertissement adressé à un électricien du secteur public ayant participé à une journée nationale de grève. La Cour vise à la fois la liberté de réunion pacifique et le fait que la sanction était de nature à dissuader les membres d'un syndicat de participer légitimement à une grève.

L'arrêt *Satilmis*, remarqué en raison du mode d'action choisi (abandon de poste temporaire des salariés de l'autoroute du Bosphore (grève perlée ?), et manifestation sur la voie publique), fait appel à la liberté de réunion pour conclure que les salariés n'auraient pas dû être condamnés à indemniser l'Etat. Il admet que interdire ou empêcher la grève c'est restreindre la liberté syndicale, et que la grève est dans le champ d'application de l'article 11,

mais souligne que les Etats ont le choix des moyens juridiques à employer pour garantir la liberté syndicale.

Au contraire, les arrêts *ITWF et FSU c/Viking* (37) du 11 décembre 2007 (§43), et *Laval* (38) du 18 décembre 2007 (§90), rendus par la Cour de Luxembourg, sont sans ambiguïté sur le principe : "*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*" (sur les restrictions possibles, *infra*). La Cour de justice CE relève que ces droits d'action collective et de grève sont reconnus tant par des instruments internationaux tels que la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe (*expressément mentionnée à l'article 136 CE*, *relève-t-elle*), ou la Convention n° 87 (1948) de l'OIT sur la liberté syndicale, mais aussi par des instruments élaborés au niveau communautaire, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux du 9 décembre 1989 (39), et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (40).

Dans le cadre de l'Union Européenne, et du grand marché communautaire, la place faite au droit de grève en face des libertés économiques est évidemment une grande question.

2° L'action collective et les libertés économiques.

Les arrêts *Viking* et *Laval* ont déclenché une série de commentaires (41) et ont été tellement pointés du doigt que l'on aborde leur analyse presque en tremblant... Mais un certain recul est salutaire.

L'on présentera d'abord les faits des deux espèces, puis l'on fera apparaître les différentes phases du raisonnement de la Cour de justice. Une appréciation générale sera tentée à l'issue de la quatrième partie ci-dessous, l'interprétation de la directive 96/71 étant un aspect central de la récente jurisprudence communautaire.

Les faits

L'affaire *Viking* est celle d'une société finlandaise voulant immatriculer sous pavillon estonien un de ses

(35 bis) CEDH *Demir et Baykara c/Turquie*, 21 nov. 2006, req. 34503/97.

(36) CJCE 21 septembre 1999, *Albany*, aff. C-67/96, et *Brenjens*, aff. C-115 à 117/97, Dr. Ouv. 2000.137 et les obs. ; L. Idot, "Droit social et droit de la concurrence, confrontation ou cohabitation", Europe, novembre 1999, chron. 4 ; C. Vigneau, "De la soustraction des accords collectifs aux règles communautaires de concurrence", JCP ed. E 2001.1032.

(36 bis) N° 6615/03.

(36 ter) N° 74611/01 ; n° 26876/02 ; n° 27628/02.

(37) aff. C-483/05.

(38) aff. C-341/05, Dr. Ouv. 2008 p. 93.

(39) Dr. Ouv. 1990 p. 131.

(40) Dr. Ouv. 2001 p. 105.

(41) En se limitant aux commentaires en France : *Libération*, 19 décembre 2007, "L'Europe légitime la lutte contre le dumping social" ; *Le Monde*, 19 décembre 2007, "L'arrêt de la

Cour entaille le droit du travail suédois" ; S. Laulom, "Les actions collectives et le dumping social", SSL n° 1335, 7 janvier 2008, p. 8, et SSL supplément n° 1338 du 28 janvier 2008, p. 37 ; A. Supiot, "L'économie communiste de marché", *Le Monde* 25 janvier 2008, p. 20 ; S. Robin-Olivier, "Liberté syndicale et liberté d'établissement", RDT janvier 2008 p. 8 ; D. Simon, "Libre circulation des entreprises, conventions collectives et actions syndicales", Europe 2008, com. 40 ; P. Chaumette, "Les actions collectives syndicales prises dans le maillage des libertés communautaires des entreprises", Dr. Soc. février 2008.210 ; S. Robin-Olivier et E. Pataut, "Europe sociale ou Europe économique", RDT février 2008.80 ; E. Lafuma, "Droit de mener une action collective et liberté de prestation de services", RJS 3/08, 179 ; H. Tissandier, "Droit d'action collective et liberté d'établissement : la difficile consécration des droits sociaux fondamentaux en droit communautaire", RJS 3/08, 182 ; B. Teyssié, "Esquisse du droit communautaire des conflits collectifs", JCP ed. S 5 février 2008, 1075. On trouve les résolutions et communiqués de presse de la Confédération Européenne des Syndicats (CES) sur le site www.etuc.org

bateaux-ferry (le Rosella) circulant entre l'Estonie et la Norvège, afin de pouvoir conclure une nouvelle convention collective, face à la concurrence de bateaux estoniens employant des marins à moindre coût.

Le syndicat finlandais des marins FSU, soutenu par le syndicat international ITF s'y opposa : grève, et consignes syndicales de ne pas négocier d'accord collectif avec Viking. C'est le contexte de la lutte contre les pavillons de complaisance.

Viking ayant saisi les tribunaux britanniques (le siège d'ITF est à Londres) en se prévalant de la liberté d'établissement garantie par l'article 43 du Traité CE, ceux-ci, en appel, ont interrogé la Cour de justice. Les syndicalistes de leur côté se prévalaient du droit des syndicats de mener une action collective pour préserver des emplois, droit fondamental découlant selon eux de l'article 136 du traité. Selon leur thèse, les dispositions du traité relatives aux libertés économiques et de circulation ne pouvaient être appliquées à d'"*authentiques activités syndicales*".

Le cœur du litige était bien la confrontation du droit de grève et de la liberté d'établissement.

Dans l'affaire *Laval*, une société de droit letton avait détaché 35 travailleurs en Suède pour exécution par sa filiale Baltic de chantiers, notamment la construction d'une école à Vaxholm. Laval était liée par des accords collectifs du bâtiment en Lettonie mais a refusé d'une part d'adhérer comme le demandaient les syndicats suédois à la convention collective de la construction en Suède, d'autre part d'appliquer sur le lieu de travail le taux de salaire horaire demandé.

En suivirent une grève, un blocus de chantier, l'échec de tentatives de médiation et conciliation, la faillite de Baltic.

Saisi par Laval, le tribunal du travail suédois interrogea la Cour de justice sur la compatibilité de telles actions syndicales avec tant le principe de non discrimination inhérent à la liberté de prestation de services, que la directive 96/71 sur le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services.

Le cœur du litige intéressait le dumping social dans sa manifestation la plus simple : le taux de salaire. Laval refusait de négocier avec les syndicats suédois et d'adhérer à la Convention collective suédoise avant d'avoir connaissance des taux de salaire imposés (v. *infra*) (mais l'arrêt reprend, à propos de l'action collective, les affirmations de l'arrêt Viking).

Le raisonnement de la Cour de justice

La première étape de l'interprétation donnée par la Cour de justice est essentielle : la protection des droits

fondamentaux, parmi lesquels le droit de mener une action collective, constitue un intérêt légitime de nature à justifier en principe une restriction aux libertés (de circulation) économiques garanties par le traité CE. Ceci renvoie à trois conditions, habituelles dans la jurisprudence communautaire relative aux libertés économiques : a) un objectif légitime b) des raisons impérieuses intérêt général c) l'aptitude à parvenir à l'objectif légitime et le respect du principe de proportionnalité.

Cela veut dire aussi que l'exercice des droits fondamentaux n'échappe pas au champ d'application des libertés économiques de circulation, tout en pouvant, sous ces conditions, leur apporter des entraves..

Pour comprendre, il est nécessaire de revenir aux arrêts *Schmidberger* (42) et *Omega* (43) dans lesquels étaient en cause respectivement la liberté d'expression et de réunion-manifestation (blocage de l'autoroute du Bremer pour préserver la montagne Alpine) et le respect de la dignité humaine (interdiction de jeux ayant une cible humaine). Dans les deux cas, la Cour a souligné que les droits fondamentaux relèvent des dispositions du traité, y compris les libertés économiques.

Aux syndicats qui se prévalaient de la jurisprudence *Albany* (44) ayant fait échapper les conventions collectives au droit de la concurrence, la Cour de Luxembourg répond que s'il est inhérent aux conventions collectives de produire des effets restrictifs de la concurrence, il n'est pas inhérent à l'exercice de la liberté syndicale et du droit d'action collective de porter atteinte aux libertés d'établissement et de prestation de services.

Il était logique, et cela découlait de la jurisprudence communautaire antérieure (45), que les conséquences de l'effet direct des articles 43 (*Viking*) et 49 (affaire *Laval*) soient tirées : ils confèrent des droits aux entreprises, dont elles peuvent se prévaloir en justice.

Dans un second temps la Cour de justice est amenée à vérifier le respect des conditions rappelées : puisqu'il y a restrictions aux libertés économiques de circulation, sont-elles justifiées ?.

L'objectif légitime résulte de la protection des droits fondamentaux, mais la justification des entraves implique l'existence de raisons impérieuses intérêt général. La protection des travailleurs en fait partie selon la jurisprudence communautaire depuis une dizaine d'années (46), et l'arrêt *Laval* (§103) ajoute que "*le droit de mener une action collective ayant pour but la protection de travailleurs de l'Etat d'accueil contre une éventuelle pratique de dumping social peut constituer une raison impérieuse*".

(42) 12 juin 2003, aff. C-112/00, Dr. Ouv. 2004.393 et la note.

(43) 14 octobre 2004, aff. C-36/02.

(44) 21 septembre 1999, aff. C-67/96 prec.

(45) cf. déjà arrêt du 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, aff. 33/74.

(46) 23 novembre 1999, *Arblade e.a.*, C-369/96 et C376/96.

Pourtant l'arrêt *Viking* n'en reste pas là, invitant la juridiction nationale à vérifier que l'objectif de protection des travailleurs était bien en cause (les emplois, les conditions de travail étaient-ils menacés ? un engagement unilatéral de Viking ne suffisait-il pas ?) et surtout que l'action collective entreprise était apte à réaliser l'objectif visé, et n'allait pas au delà de ce qui est nécessaire (condition de proportionnalité).

Il est à noter que dans l'arrêt *Viking*, la Cour aborde favorablement la question de l'aptitude de l'action collective, citant (§ 86) la jurisprudence de la Cour de Strasbourg (l'action collective et la négociation comme

moyens des syndicats). Par contre elle est plus réservée sur la proportionnalité.

Dans l'affaire *Laval*, après avoir admis (§ 107) que le blocus engagé par les syndicats pour garantir aux travailleurs détachés "*des conditions de travail et d'emploi fixées à un certain niveau*" relève de l'objectif de protection des travailleurs, et donc en principe d'une raison impérieuse, la CJCE juge non justifiée l'action collective parce qu'elle se livre à une interprétation contestable de la directive 96/71 sur le détachement de travailleurs. C'est le problème de la lutte contre le dumping social en droit communautaire.

III. La lutte contre le dumping social, et l'ordre public social

A. Dans l'affaire *Laval*

Pourquoi l'action collective des syndicats suédois visant à imposer l'adhésion de Laval à la convention collective suédoise de la construction n'est-elle pas justifiée selon la CJCE, alors que celle-ci affirme le principe selon lequel l'action collective contre le dumping social peut constituer une raison impérieuse intérêt général ? Parce que l'arrêt *Laval* se livre à une interprétation contestable de la directive 96/71 du 16 décembre 1996 sur le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

Celle-ci prévoit (article 3) que les Etats garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire, quelque soit la loi applicable à la relation de travail, un "*noyau de règles impératives de protection minimale*", y compris le taux de salaire minimal.

Or pour la Cour de justice (§ 70), les taux de salaire que veulent imposer les syndicats suédois ne correspondent pas à la notion de salaire minimal au sens de la directive qui renvoie à des dispositions législatives, réglementaires, administratives ou à des conventions collectives *déclarées d'application générale* (art. 3 §8 de la directive). La difficulté venait de l'inexistence d'un mécanisme d'extension des conventions collectives en Suède, et du fait que ce pays n'avait pas, comme la directive en donne la possibilité aux Etats, déclaré prendre pour base une convention collective ayant un effet généralisé sur les entreprises du secteur.

L'avocat général avait souligné la spécificité suédoise (90 % des salariés du secteur privé sont couverts par adhésion des entreprises aux conventions collectives) et relevé que le 12ème considérant de la directive laissait une marge aux Etats, parlant de "*moyens appropriés*" : ceci pouvait servir à interpréter l'article 3 du texte. Il avait

aussi rappelé la faculté laissée aux Etats de laisser aux partenaires sociaux le soin de transposer une directive.

La Cour de justice a développé une autre analyse : elle a vu dans le caractère plus favorable que les dispositions législatives des conventions collectives auxquelles les syndicats voulaient amener Laval à adhérer, un élément rendant moins attrayant, voire plus difficile exécution d'un marché de travaux publics, et donc une restriction à la liberté de prestation de service. Pour être justifiée, la restriction en cause aurait dû correspondre à la mini-protection minimale résultant de la loi suédoise !

L'on retrouve la même approche dans l'affaire *Rüffert*.

B. Dans l'affaire *Rüffert*

Dans l'affaire *Rüffert* (47) la Cour de Luxembourg était saisie pour interprétation par une juridiction allemande d'appel dans le cadre d'un litige opposant le Land de Basse Saxe à une entreprise allemande adjudicataire d'un marché de travaux de gros œuvre. L'adjudicataire avait sous-traité une partie du marché à une entreprise polonaise, laquelle avait rémunéré ses salariés à un taux correspondant à moins de la moitié du salaire résultant de la convention collective applicable au lieu d'exécution du chantier. Ceci était en infraction à la loi sur les marchés publics du Land de Basse Saxe, qui soumet l'adjudication à l'engagement écrit par l'entreprise de respecter le salaire minimum prévu dans la convention collective du lieu d'exécution de la prestation, et l'obligation s'étend aux sous traitants.

L'arrêt du 3 avril 2008, comme l'avaient fait la juridiction de renvoi et l'avocat général, voit dans la loi en cause une possible restriction de la liberté de prestation de services : le prestataire établi dans un Etat membre perd l'avantage comparatif en matière de charges sociales ! C'est bien la problématique du dumping social.

(47) CJCE 3 avril 2008, C-346/06.

(48) 19 juin 2008, aff. C-319/06.

Cette éventuelle entrave à une liberté de circulation économique est-elle justifiée par une raison impérieuse d'intérêt général tirée de l'objectif de protection des travailleurs ? La réponse est négative, non parce que la Cour donne la primauté à la liberté de prestation de services comme on a pu le dire avec facilité (car tel est le résultat), mais en raison d'une interprétation étriquée et contestable de la directive 96/71 sur le détachement.

L'on retrouve en effet l'article 3 du texte, imposant aux Etats de garantir un noyau de règles de protection minimale aux travailleurs détachés sur leur territoire. Mais la Cour de justice s'en tient aux sources de ce "noyau dur" : lois, règlements, conventions collectives déclarées d'application générale. Et elle s'arrête à deux constatations. D'une part les obligations imposées par l'Etat de Basse Saxe aux adjudicataires ne valent que pour les marchés publics, d'autre part le seul salaire minimum légal et d'application générale résulte de la loi sur le détachement (1996), et son taux (très faible) a été respecté ; en dehors de cela la convention collective de la construction applicable à tout le territoire de la RFA n'impose pas de salaire minimum, et la convention collective en cause au lieu de travail n'est pas d'application générale...

C. Dans l'affaire

Commission c/Luxembourg

Dans l'affaire *Commission c/Luxembourg* (48), la Cour de justice a jugé, sur demande de la Commission, que le Luxembourg avait manqué aux obligations lui incombant en vertu de la directive 96/71 ainsi que des articles 49 et 50 du traité CE, en ayant constitué dans une loi de 2002 une liste de dispositions s'appliquant obligatoirement à tous les salariés y compris les travailleurs détachés, liste allant au delà du fameux "noyau dur" (49) et fondée sur l'article 3 §10 de la directive, qui permet aux Etats d'imposer des règles relatives aux conditions de travail et d'emploi "dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public".

La liste n'a pas été jugée conforme à cette dernière condition sur quatre points : exigence d'un contrat écrit conformément, selon le Luxembourg, à la directive 91/533, indexation automatique des salaires applicable aux travailleurs détachés, réglementation sur le travail à temps partiel et sur le travail à durée déterminée, respect de la législation sur les conventions collectives de travail. La loi luxembourgeoise se réfère à la notion de lois de police et de sûreté, et la Cour de justice rappelle sa propre définition, issue de l'arrêt *Arblade* (50) du 23 novembre 1999 : cette qualification "vise les dispositions dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat... ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci" (§ 29).

Assimilant dispositions d'ordre public au sens de la directive et lois de police et de sûreté, l'arrêt du 19 juin 2008 affirme : "l'exception d'ordre public constitue une dérogation au principe fondamental de la libre prestation de services, devant être entendue strictement et dont la portée ne saurait être déterminée unilatéralement par les Etats membres" (§ 30). Pour donner cette définition, la Cour de Luxembourg s'appuie sur la déclaration n° 10 du Conseil et de la Commission concernant la directive. Après avoir défini restrictivement dans l'arrêt *Rüffert* le noyau dur de la directive 96/71, les juges restreignent ici ses possibilités d'extension par les lois de police et de sûreté.

Le Luxembourg s'est vu reprocher dans le même arrêt un manquement sur le terrain des moyens de contrôle : l'obligation faite aux entreprises prestataires de rendre accessibles avant le début des travaux "les indications essentielles indispensables à un contrôle", sous peine d'une décision de l'administration du travail suspendant les activités, est assimilée à un régime d'autorisation préalable par la Cour, et celle de conserver dans les mains d'un "mandataire ad hoc" résidant au Luxembourg les documents nécessaires au contrôle est jugée disproportionnée.

IV. Observations générales sur cette jurisprudence : l'Europe, la concurrence et les droits du travail

Le cadre choisi pour cette chronique est celui non pas de la seule Union Européenne, mais de l'Europe, par référence au Conseil de l'Europe. La doctrine a parlé d'"atermoiements" au sujet de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg sur le droit de grève, tout en soulignant que la Cour EDH de retient pas d'objectif économique comme motif possible de limitation du droit de grève. Cette remarque est importante. Certes, les droits proclamés par

la convention EDH sont susceptibles, y compris la liberté syndicale, de limitations (à l'exception du droit à la vie et de la protection contre la torture), mais celles-ci découlent de la sûreté publique, de la protection des libertés d'autrui, de celle de la santé ou de la morale.

La logique du droit communautaire est différente : faut-il s'en étonner ? L'Europe communautaire a été créée comme un marché et le traité de Rome, on le sait, ne

(49) article 3 §1.

(50) C-369/96.

comportait aucune base juridique pour l'ébauche d'un droit social communautaire.

Sans attendre le traité d'Amsterdam (et sa référence à la Convention EDH, et avec moins de force à la Charte sociale européenne), la CJCE a introduit (51) la poursuite d'objectifs non marchands et admis que les droits fondamentaux de la personne puissent faire légitimement obstacle aux libertés économiques. L'affirmation des droits fondamentaux d'action collective en tant que principes généraux du droit communautaire, alors que la valeur des chartes des droits fondamentaux dans l'UE est dans le flou, et en présence de la prudence extrême de la CEDH, est d'une grande importance.

Pourtant, une première critique des arrêts *Laval* et *Viking* a été formulée sur le terrain de la compétence.

Le droit de grève étant exclu de l'harmonisation des législations sociales (52), la Cour de justice aurait excédé sa compétence en le situant face aux libertés d'établissement et de prestation de services. Une telle analyse, outre qu'elle omet l'article 28 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (dont la valeur n'est tout de même pas celle d'un chiffon de papier), passe à côté de ce qu'apporte pour l'avenir le fait pour la CJCE de dégager des principes généraux du droit communautaire d'instruments tels que la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe ou la convention 87 de l'OIT sur la liberté syndicale (53) : désenclaver le droit communautaire ne peut être que favorable aux droits sociaux !

Il faut d'autre part relever les limites du cadre dans lequel s'est prononcée la Cour de justice sur la grève : une situation transnationale mettant en cause les libertés de circulation dans l'Union européenne. Et la Cour invite le juge national à s'intéresser non pas aux mobiles des actions collectives, mais à celles-ci en tant que moyen de parvenir à un objectif. Aucune incidence sur les jurisprudences internes de la grève n'en découle.

Par contre est mise en évidence la nécessité de reconnaître dans les traités, à côté des libertés de circulation économiques, la dimension internationale des actions collectives des travailleurs.

L'aspect transnational des affaires *Viking* et *Laval* explique la distinction faite par la Cour de justice entre les conventions collectives, qui échappent au droit de la concurrence, et la grève, qui n'échappe pas aux libertés économiques de circulation : il est dans la nature de la grève de nuire à l'économie de l'entreprise, mais pas

nécessairement à la liberté d'établissement ou de prestation de service... La CJCE aurait-elle pu élaborer une jurisprudence sur la dimension transnationale de la grève ? Certes, mais il faut alors lui reconnaître pleine compétence en la matière...

Reste ce que les juristes attentifs à l'évolution du droit social tiennent pour essentiel : la nature des relations entre les libertés économiques et les droits fondamentaux des travailleurs.

Le droit communautaire n'a pas inventé la problématique des rapports entre le droit de la concurrence, les libertés économiques et le droit du travail. Le droit international du travail dès l'origine a poursuivi simultanément deux objectifs : égaliser les conditions de concurrence, et assurer aux travailleurs un socle de droits. En droit français l'affirmation de la liberté d'entreprendre comme principe par la Cour de cassation (54) fait écho à la jurisprudence du Conseil constitutionnel soumettant le droit à l'emploi à un contrôle de proportionnalité (55) et faisant prévaloir la liberté d'entreprendre sur le droit au reclassement (56).

La Cour de justice des Communautés européennes a fait application aux droits d'action collective de sa "*ligne de contrôle*" (57) de la confrontation des droits fondamentaux et des libertés économiques de circulation : identification des raisons impérieuses intérêt général, jeu du principe de proportionnalité. Dire que la Cour de justice admet avec difficulté les droits sociaux fondamentaux frôle le contresens : contrairement à ce que souhaitait la Confédération Européenne des Syndicats, la CJCE n'a pas admis la spécificité des droits fondamentaux des travailleurs dans le fonctionnement du marché intérieur par rapport aux autres droits fondamentaux.

Selon cette jurisprudence communautaire, alors que la négociation collective échappe au droit de la concurrence, les libertés économiques de circulation, "libertés fondamentales", sont de "principe" et les actions collectives ayant pour but la protection des travailleurs, pour légitimes qu'elles soient, subissent le test de proportionnalité : ce qu'un auteur a appelé la conciliation "*libérale-sociale*" (58) des libertés économiques et des droits de l'Homme.

Cette approche domine l'interprétation par les juges communautaires de la directive 96/71, lorsqu'ils se soucient de *l'effet utile* de celle-ci (59). Ce texte de compromis avait fait l'objet de versions successives ; le cinquième considérant vise bien "*la promotion de la*

(51) Arrêt *Nold* du 14 mai 1974, aff. 4/73.

(52) article 137 §6 CE.

(53) *Laval*, § 90, *Viking* §77.

(54) Soc. 13 juillet 2004, Dr. Ouv. 2005.6, et les observations E. Dockès "Le pouvoir patronal au dessus des lois ?".

(55) Décision 2001-455 DC du 12 janvier 2002, Rec. 49.25, Dr. Ouv. 2002.59.

(56) Décision 2004-509 DC, du 19 janvier 2005, JO 19 janv. p. 896.

(57) Selon l'expression de Marie-Ange Moreau, "Les usages syndicaux du droit communautaire", *Syndicats et droit du travail*, dir. M.A. Souriac et G. Borenfreund, Dalloz, Thèmes et Commentaires 2008, p. 74.

(58) V. Champeil-Desplats, "Libertés économiques et droits de l'Homme ou la liberté d'entreprendre au pays des droits fondamentaux" in *Au cœur des combats juridiques*, E. Dockès (dir.), Dalloz, thèmes et commentaires 2007, p. 441 s., spéc. p. 451.

(59) *Rüffert*, §33, et *Laval*, §80.

prestation de services dans un cadre transnational", en ajoutant qu'elle "nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs", ce qui autorise plusieurs appréciations de "l'effet utile".

Le risque pour les droits du travail des Etats membres se situe pourtant ailleurs que dans cette solution "libérale". On peut penser que la mise en balance des libertés économiques de circulation et des droits fondamentaux conduira la Cour de justice à des arbitrages plus favorables aux finalités sociales du traité, notamment si la Charte des droits fondamentaux de l'Union sort du flou. Cela étant, une autre confrontation est apparue dans les affaires *Laval*, *Viking*, *Rüffert*, *Commission c/Luxembourg* : celle d'une norme communautaire (la directive 96/71) telle que les juges l'interprètent, et des droits du travail nationaux. La Cour de justice a développé dans ses arrêts une conception de l'enchaînement des normes critiquable. Comme l'a bien dit N. Moizard la directive 96/71 impose des règles de protection minimale des travailleurs détachés dans l'Etat d'accueil : "à ce dernier de choisir quel est le niveau exigible, dès lorsqu'il n'en résulte pas de discrimination en raison de la nationalité" (60). Le

principe de la "protection nationale renforcée" (le plus favorable) joue lorsque sont en cause les directives d'harmonisation sociale fondées sur l'article 137 du traité CE. Ce fondement n'est pas celui de la directive 96/71 sur le détachement, mais la protection minimale qu'elle vise pouvait être interprétée, comme le proposait l'avocat général Blot, par référence à un enchaînement des normes nationales, y compris les conventions collectives, aboutissant à un niveau plus favorable pour les salariés. Admettre que la lutte contre le dumping social est légitime tout en privant les autorités nationales des outils nécessaires, et en analysant l'articulation favorable des conventions collectives comme un risque de discrimination est inacceptable. Empêcher un Etat membre de définir ce qui relève de l'ordre public en droit du travail (61), alors que n'est pas en cause une directive d'harmonisation des législations sociales, pose de sérieux problèmes.

Il résulte des arrêts *Rüffert* et *Commission c/Luxembourg* précités une conception statique et minimaliste de la protection des travailleurs qu'il faut combattre.

Michèle Bonnechère

(60) N. Moizard "La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services : un "noyau dur" protecteur ?" Dr. soc. 2008.866 et l'ouvrage, à relire, du même auteur *Droit du travail communautaire et protection nationale renforcée*, 2 tomes, PUAM 2000.

(61) Sur l'influence à prévoir, s'agissant de la définition des lois de police et de l'ordre public, du règlement 593/2008 du 17 juin 2008 (JOUE 4 juillet 2008) relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles, v. L. Driguez, commentaire de l'arrêt du 19 juin 2008, Europe 2008, n° 269, spéc. p. 24.



Traité de droit social de l'Union européenne, par Pierre Rodière

Les compétences et les procédures qui gouvernent l'action de l'Union européenne dans le domaine social ; le changement des méthodes législatives ; le rôle des partenaires sociaux et sa combinaison avec l'action des institutions communautaires ; l'affirmation des droits sociaux fondamentaux ; l'articulation des objectifs de politique sociale et des libertés économiques ; la lutte contre les discriminations, avec, au premier plan, l'égalité des sexes ; la liberté de circulation des personnes dans l'espace européen ; la situation des ressortissants des pays tiers ; l'orientation communautaire des politiques de l'emploi et de la formation professionnelle ; l'information et la consultation des représentants du personnel sur les moments importants de la vie de l'entreprise, notamment dans l'entreprise de dimension européenne ; la réglementation du temps de travail ; la protection du milieu de travail ; la coordination des droits nationaux par des règles uniformes de

compétence juridictionnelle et de solution des conflits de lois en droit du travail et de la Sécurité sociale... Tel est le programme d'un ouvrage dont l'objet est de présenter, dans le domaine social, l'état du droit communautaire et son évolution, au regard des textes, de l'action des institutions communautaires et des partenaires sociaux et au regard de la jurisprudence, chaque jour plus riche, monumentale et influente de la Cour de justice des Communautés européennes.

L'ouvrage s'adresse à un public diversifié. Il est bien sûr destiné aux étudiants et à tous ceux qui souhaitent se familiariser avec ce monde juridique encore nouveau, complexe et insuffisamment connu que constitue le droit communautaire et plus spécialement le droit social communautaire. Il se tourne également vers l'ensemble des acteurs de la vie juridique, qu'ils participent à l'action normative, législative ou négociée, ou à l'œuvre jurisprudentielle d'interprétation et d'application des normes ou de création prétorienne

LGDJ - ISBN 978.2.275.02242.0 - 54 euros