

La Cour européenne de justice contre l'Europe sociale

**Pierre Khalfa,
membre du Conseil scientifique d'Attac,
porte-parole de l'Union syndicale Solidaires**

En quelques mois la Cour de justice des communautés européennes (CJCE) vient de rendre quatre jugements majeurs qui redéfinissent les rapports entre le droit européen et le droit national en matière de droit du travail.

L'arrêt Viking du 11 décembre 2007 concerne la Finlande. La compagnie finlandaise Viking souhaitait faire passer un de ses navires sous pavillon estonien afin de le soustraire à l'application de la convention collective finlandaise. L'arrêt Laval du 18 décembre 2007 concerne la Suède. La société suédoise de construction Laval qui employait des salariés lettons en Suède refusait de leur appliquer la convention collective du secteur. Dans les deux cas, la Cour donne raison aux employeurs. Dans ces deux cas, elle condamne, de plus, les actions collectives entreprises par les organisations syndicales pour forcer les entreprises à respecter les conventions collectives.

L'arrêt Rüffert du 3 avril 2008 condamne le Land de Basse-Saxe en Allemagne pour avoir voulu appliquer à une entreprise polonaise une loi obligeant les entreprises de travaux publics à appliquer, en cas de passation de marchés publics, la convention collective du secteur. Enfin, par un arrêt du 19 juin 2008, le Grand-Duché du Luxembourg, suite à une plainte de la Commission européenne, est condamné pour avoir voulu appliquer les conventions collectives luxembourgeoises aux travailleurs étrangers citoyens d'autres Etats de l'Union européenne.

La Cour européenne de justice étend ses compétences

Au-delà même du contenu précis de ces jugements, il est surprenant, au regard du contenu des traités existants, que la CJCE ait décidé que l'application du droit du travail au niveau national relève de son domaine de compétence. Jusqu'à présent, le droit du travail relève essentiellement de dispositifs nationaux issus des compromis sociaux passés dans le cadre des Etats-nations. En théorie, l'Union Européenne a en la matière une compétence limitée et « *soutient et complète l'action des États membres* »¹. D'ailleurs, dans une série de domaines clés, tels que la sécurité sociale et la protection des travailleurs, un Etat a, de fait, un droit de veto car les décisions ne peuvent se prendre qu'à l'unanimité des Etats, le Parlement européen étant d'ailleurs simplement consulté. De plus, les rémunérations, le droit d'association, le droit de grève et le droit de lock-out sont explicitement exclus des compétences communautaires². C'est dire si, dans ce contexte, les jugements de la Cour ont fait l'effet d'un coup de tonnerre.

La Cour a donc décidé contre la lettre des traités que le droit du travail national relevait de ses compétences. Ainsi, l'arrêt Laval³ indique « *que, s'il est vrai que, dans les domaines ne relevant pas de la compétence de la Communauté, les Etats membres restent, en principe,*

¹ Article 137 du traité CE repris par le traité de Lisbonne (art.153 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

² Article 136 du traité CE repris par le traité de Lisbonne (art.153 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

³ Arrêt Laval, point 87.

libres de fixer les conditions d'existence de ces droits, il n'en demeure pas moins que, dans l'exercice de cette compétence, les Etats sont néanmoins tenus de respecter le droit communautaire ». Une formulation similaire est présente dans l'arrêt Viking⁴. La CJCE construit ainsi une doctrine juridique lui permettant d'intervenir sur des domaines ne relevant ni des traités, ni du droit communautaire qui en est issu. Pire encore, elle s'autorise à appliquer le droit communautaire à des matières ne relevant pas de celui-ci, ce qui lui permet d'appliquer le droit commercial au droit du travail.

La nature bâtarde du droit communautaire prend ici tout son sens. La logique profonde de l'Europe actuelle fait de l'ouverture à la concurrence son axe principal de construction. La liberté de circulation des biens, des services et des capitaux est au cœur des traités. La liberté d'établissement et la liberté de prestation des services sont considérées comme des « libertés fondamentales » garanties respectivement par les articles 43 et 49 du traité CE⁵. Directement dérivé des traités européens, le droit de la concurrence, de niveau communautaire, surdétermine les autres droits. Il joue véritablement un rôle de droit « constitutionnel » au niveau européen. Face à ce droit de portée normative, les autres textes européens apparaissent en l'état comme de simples déclarations d'intention sans aucune véritable portée opérationnelle et le droit applicable au niveau national doit lui être soumis. Alors qu'au niveau national, le droit du travail et le droit de la concurrence se situent au même niveau dans la hiérarchie des normes juridiques, il n'en est pas de même au niveau européen du fait de l'absence de réel droit social européen⁶.

Une argumentation juridique à géométrie variable...

Trois de ces quatre arrêts, Laval, Rüffert et celui concernant le Luxembourg, portent sur l'interprétation de la directive 96/71 sur le détachement des travailleurs⁷ qui fixe assez précisément les domaines qui doivent faire l'objet d'une réglementation : périodes maximales de travail et périodes minimales de repos ; durée minimale des congés annuels payés ; taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires ; conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire ; sécurité, santé et hygiène au travail ; mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes, et égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination.

La directive 96/71 indique dans son article 3 que les conditions de travail et d'emploi des travailleurs détachés sont fixées par « *des dispositions législatives, réglementaires ou administratives et/ou par des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale (...) qui doivent être respectées par toutes les entreprises appartenant au secteur ou à la profession concernés* ». La directive 96/71 définit des droits minimaux pour les travailleurs détachés. Elle ne doit pas empêcher « *l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables aux travailleurs* » (art. 3-7).

⁴ Arrêt Viking, point 40.

⁵ Ces articles sont intégralement repris dans le Traité de Lisbonne où ils deviennent respectivement les articles 49 et 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

⁶ La Charte des droits fondamentaux, qui doit devenir « *contraignante* » si le Traité de Lisbonne est ratifié, ne changera hélas rien à cette situation. En effet, au-delà même du fait que les droits qui y sont contenus sont de faible portée, leur application est renvoyée aux « *pratiques et législations nationales* » et il est indiqué que la Charte « *ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelles pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies dans les traités* ». En clair, elle ne crée aucun droit européen susceptible de rééquilibrer le droit de la concurrence.

⁷ On entend par travailleur détaché tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un Etat membre de l'Union autre que l'Etat où il travaille habituellement.

Dans le cas de la Suède une partie de l'argumentation de la Cour, pour refuser l'application des conventions collectives aux travailleurs détachés, porte sur le fait que, d'après elle, les conventions collectives suédoises ne sont pas « d'application générale ». Les travailleurs détachés n'auraient donc droit qu'à la protection minimale prévue par la loi qui a transposé en droit suédois la directive 96/71. Cet argument s'appuie sur le fait que dans un certain nombre de pays, l'application de la convention collective est décidée entreprise par entreprise au gré des rapports de forces, les entreprises non signataires étant soumises à de fortes pressions y compris de la part des entreprises signataires. C'est le système existant en Suède, ou la quasi totalité, si ce n'est la totalité, des entreprises adhèrent à une convention collective. D'où d'ailleurs, dans le cas de Laval, le recours à une entreprise de sous-traitance lettonne pour essayer de contourner ce fait. Malgré donc le fait qu'en Suède la totalité ou quasi totalité des travailleurs soient couverts par une convention collective, celle-ci n'est pas déclarée par la Cour « *d'application générale* ». C'est une façon bien particulière d'interpréter la réalité !

Dans le cas Ruffert, cette question ne devrait pas se poser puisqu'il s'agit d'une loi du Land de Basse-Saxe qui oblige toutes entreprises postulant aux marchés publics d'appliquer la convention collective. Elle est donc, par définition, « d'application générale ». Las, la Cour indique que cette loi ne s'applique, et pour cause, qu'aux marchés publics et donc qu'une entreprise étrangère n'a pas à la respecter. L'argument est plus que spécieux. Comme la loi du Land ne concerne pas les marchés privés mais seulement les marchés publics, une entreprise étrangère intervenant sur les marchés publics n'est pas obligé de la respecter. On voit mal le rapport entre les deux propositions.

Le côté fallacieux de ce type d'argumentaire apparaît nettement à la lecture de l'arrêt qui condamne le Luxembourg. En effet, le Luxembourg avait fait voter une loi⁸ obligeant les entreprises installées dans le Grand-Duché à appliquer les conventions collectives et avait déclaré leurs dispositions « *relevant de l'ordre public national* ». Les conventions collectives étaient donc « *d'application générale* » et toutes les entreprises étaient concernées. Cela n'a pas empêché le Luxembourg de se faire condamner.

... qui s'appuie sur le même noyau dur

La CJCE s'appuie certes quand elle le peut sur des arguties de circonstance liées à la configuration particulière du droit du travail dans tel ou tel pays, mais sa logique fondamentale est ailleurs. Elle repose sur une argumentation à plusieurs niveaux qui s'emboîtent les uns aux autres.

Le premier niveau renvoie à l'interprétation de la directive 96/71 sur le détachement des travailleurs. Celle-ci prévoit, on l'a vu, des normes minimales de protection, mais laisse, dans son article 3-7, la possibilité au Etats de fixer des normes plus favorables. Dans les trois arrêts concernés par cette directive, la Cour considère que « *ladite disposition ne saurait être interprétée en ce sens qu'elle permet à l'Etat membre d'accueil de subordonner la réalisation d'une prestation de services sur son territoire à l'observation de conditions de travail et d'emploi allant au-delà des règles impératives de protection minimale*⁹ ».

La logique de la directive 96/71 était de fixer des normes minimales de protection en laissant les Etats libres de les améliorer, notamment par le biais des conventions collectives. La Cour supprime cette possibilité et réduit les droits des salariés détachés au minimum. Elle rend, de

⁸ Il s'agit de la loi du 20 décembre 2002.

⁹ Arrêt Ruffert, point 33.

fait, caduc l'article 3-7 de la directive qui autorise « *l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables aux travailleurs* ».

Deuxième niveau. La Cour admet que « *la protection des droits fondamentaux constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité, telle que la libre circulation des marchandises*¹⁰ ». Mais c'est pour aussitôt vider cette affirmation de tout contenu en indiquant que « *l'exercice des droits fondamentaux (...) n'échappe pas au champ d'application des dispositions du traité. Cet exercice doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et être conforme au principe de proportionnalité*¹¹ ». Parmi les « droits protégés par ledit traité » on trouve la liberté de prestation des services et la liberté d'établissement et l'exercice des droits fondamentaux des citoyens doit, en tout état de cause, les respecter.

Les droits fondamentaux sont ainsi soumis à un principe de proportionnalité afin que puisse être garantie la liberté du commerce. Ils doivent en effet faire la preuve, en application de ce principe, qu'ils n'entravent pas de façon exagérée les règles du marché intérieur. Comme l'employeur est tenu de respecter les dispositions de la directive 96/71 qui ne préconiseraient seulement, selon la Cour, qu'un « *noyau de règles impératives de protection minimale*¹² », l'application du principe de proportionnalité amène la Cour à affirmer que l'entrave à la libre prestation des services ou à la liberté d'établissement que constitue l'action des salariés pour imposer l'adhésion à une convention collective¹³ de niveau supérieur ne saurait être justifiée.

Troisième niveau. La cour admet que « *les Etats membres restent, pour l'essentiel, libres de déterminer, conformément à leurs besoins nationaux, les exigences d'ordre public*¹⁴ » Mais c'est pour ajouter aussitôt que « *en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre prestation des services, cette notion doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des Etats membres*¹⁵ ». Pour la Cour, « *l'ordre public ne peut être évoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société*¹⁶ ». En conséquence, « *rien ne justifie que les dispositions ayant trait aux conventions collectives de travail (...) puissent (...) relever de la notion d'ordre public*¹⁷ », le même raisonnement étant appliqué à l'indexation des salaires ou à la réglementation du temps partiel. Conclusion : « *créer les conditions d'une concurrence loyale, à conditions égales entre employeurs suédois et entrepreneurs venant d'autres Etats membres* » ne peut être considéré comme une mission d'ordre public¹⁸.

Il faut insister sur cette analyse de l'ordre public. Celui-ci est réduit par la Cour à un champ très étroit, celui de « menace réelle et suffisamment grave » pour la société. Elle détruit donc une notion fondamentale, issue de la lente construction du droit du travail, celle d'ordre public social qui vise à mettre en place des règles de droit impératives pour garantir les mêmes droits sociaux pour tous. Il y a là un recul historique pour le « modèle social européen ».

¹⁰ Arrêt Laval, point 93.

¹¹ Arrêt Laval, point 94.

¹² Arrêt Laval, point 108.

¹³ Arrêt Laval, point 99.

¹⁴ Arrêt Luxembourg, point 50.

¹⁵ *Ibid.*

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ Arrêt Luxembourg, point 65.

¹⁸ Arrêt Laval, point 118 et 119.

Des conséquences mortifères pour les droits sociaux.

Tout d'abord, les droits sociaux sont explicitement soumis au droit du commerce. Les articles du traité concernant la liberté d'établissement et la liberté de prestations des services « *s'étendent également aux réglementations (...) qui visent à régler de façon collective, le travail salarié*¹⁹ ». Il faut remarquer qu'il s'agit d'un renversement de jurisprudence puisque dans un arrêt de 1999, la Cour de justice avait indiqué que le droit de la concurrence ne s'appliquait pas aux « *accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux*²⁰ ».

Ensuite le dumping social est explicitement justifié : « *imposer aux prestataires de services établis dans un autre État membre, où les taux de salaire minimal sont inférieurs, une charge économique supplémentaire qui est susceptible de prohiber, de gêner ou de rendre moins attrayante l'exécution de leurs prestations dans l'État membre d'accueil (...) est susceptible de constituer une restriction au sens de l'article 49 CE*²¹ ». La Cour « oublie » que l'article 50 du traité CE indique pourtant que le prestataire de service « *peut (...) exercer (...) son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants* ».

Enfin, l'action collective des salariés et de leurs organisations syndicales est subordonnée explicitement à la liberté de prestation des services et se voit appliquer le principe de proportionnalité. Dans le cas Laval, la Cour va encore plus loin dans la condamnation de l'action collective. Elle considère comme une discrimination le fait de traiter de la même façon les entreprises suédoises qui n'ont pas conclu de convention collective - et donc contre lesquelles le droit suédois autorise les actions collectives -, et des entreprises étrangères qui sont soumises à des conventions collectives dans leur pays d'origine²². Ainsi, la Cour considère qu'à partir du moment où une entreprise étrangère a signé une convention collective dans son pays d'origine, lui demander d'adhérer à une convention collective du pays d'accueil serait discriminatoire !

Une nouvelle situation

On le voit, la Cour pousse jusqu'au bout la logique du droit européen directement dérivé des traités et des directives. C'est le détricotage progressif de l'ensemble des droits sociaux qui est ainsi programmé au nom de la liberté du commerce. Cette situation est d'autant plus inquiétante que fin 2006, la Commission rendait public un Livre vert intitulé « *Moderniser le droit du travail pour relever les défis du 21^{ème} siècle* ». Ce Livre vert fut suivi en juin 2007 d'une Communication de la Commission « *Vers des principes communs de flexicurité*²³ ».

L'objectif de la Commission est d'accélérer les évolutions se déroulant au niveau national pour promouvoir un « *autre modèle contractuel* », en lieu et place du contrat à durée indéterminée, qui organise encore la grande majorité des relations au travail dans la plupart des pays européens. Pour la Commission²⁴, la notion de « flexicurité » signifie visiblement

¹⁹ Arrêt Viking, point 33.

²⁰ Il s'agit de l'arrêt Albany, aff. C-67/96. Ce point a été mis en lumière par Alain Supiot dans son article *L'Europe gagnée par "l'économie communiste de marché"*.

²¹ Arrêt Rüffert, point 37. Dans l'arrêt concernant le Grand-Duché du Luxembourg, la Cour considère aussi que le contrôle administratif des entreprises étrangères constitue une restriction à la libre prestation des services (points 85 à 95).

²² Arrêt Laval, point 116.

²³ Après *flexisécurité*, puis *flexsécurité*, c'est maintenant visiblement le terme *flexicurité* qui a le vent en poupe.

²⁴ La Commission n'est pas, de ce point de vue, particulièrement originale. La notion de flexicurité est utilisée par tous les gouvernements comme une machine de guerre contre les droits sociaux des salariés.

flexibilité pour les salariés et sécurité pour les entreprises : il s'agit de supprimer les normes de protection de l'emploi, d'assouplir les règles d'embauche et de licenciement, de généraliser la flexibilité et la précarité du travail... le tout au nom de la lutte contre le chômage et la précarité.

Les projets de la Commission en matière de droit du travail et les arrêts de la Cour de justice créent une situation en partie inédite. Pour l'essentiel, les remises en cause des droits des salariés ont été le fait des gouvernements nationaux, quelle que soit par ailleurs leur couleur politique. C'est dans le cadre national que se déroulaient les attaques, et donc les résistances. Cette situation va évidemment perdurer. Mais, chose nouvelle, cette déréglementation du droit du travail au niveau national va se doubler de remises en cause au niveau européen, qui vont permettre de la justifier et de l'accélérer. La nécessité de batailles à l'échelle européenne, articulées aux batailles nationales, devient donc un impératif, de même que celle de définir des exigences communes à tous les salariés de l'Union.

La Confédération européenne des syndicats (CES) propose l'adoption d'un *Protocole de « progrès social »* qui vise à redéfinir « *la relation entre les libertés économiques et droits sociaux fondamentaux à la lumière du progrès social* ». Ce texte indique notamment : « *Rien dans les traités, et en particulier aucune liberté économique ou règle de la concurrence, ne peut avoir la priorité sur les droits sociaux fondamentaux (...) Les libertés fondamentales (...) seront interprétées de manière à ne pas violer l'exercice des droits sociaux fondamentaux (...) y compris le droit de négocier, de conclure et d'appliquer les conventions collectives et de mener des actions collectives* ». Si un tel protocole, qui devrait avoir la même valeur juridique que les traités pour être réellement opérationnel, était adopté, cela limiterait les marges de manœuvre de la CJCE dans les cas de travailleurs détachés. Mais cela ne limiterait pas pour autant la concurrence par le bas entre systèmes sociaux différents entre les pays de l'Union, qui est à la racine du dumping social actuel en Europe, ni ne serait un véritable obstacle aux projets de la Commission. Il faut donc aujourd'hui aller plus loin et se fixer comme ambition de créer un droit social européen auquel le droit de la concurrence serait subordonné.

L'objectif doit être d'aller vers des droits sociaux similaires, sinon identiques, dans tous les pays de l'Union, alors même qu'ils se trouvent à des niveaux de développement très différents. Pour cela, il s'agirait de déterminer exactement une liste des droits sociaux fondamentaux (salaire minimum, minima sociaux, revenu minimum garanti, pensions, égalité hommes/femmes...) pour lesquels des normes de convergences, à définir au cas par cas, seraient établies, et de mettre en place un calendrier précis et contraignant, comme pour les critères de Maastricht. Une clause de non-régression permettrait d'éviter tout recul social. L'association *Choisir la cause des femmes* a réalisé un travail de ce genre, en identifiant, à travers les législations des 27 pays membres de l'Union, les droits sociaux les plus avancés pour les femmes en matière de droits conjugaux, familiaux, etc, et en demandant à appliquer à toutes les femmes européennes « la clause de l'européenne la plus favorisée ». Une telle perspective serait à même de créer une dynamique de mobilisation européenne indispensable pour transformer en profondeur la construction actuelle de l'Europe.

Juillet 2008