

Rapport sur le travail conjoint des partenaires sociaux européens sur les arrêts de la CJE dans les affaires Viking, Laval, Rüffert et Luxembourg

19 mars 2010

Introduction

Dans le courant de 2007 et 2008, la Cour de Justice des Communautés européennes a rendu son jugement et a interprété des règles européennes existantes dans plusieurs affaires relatives à la mobilité des travailleurs et des entreprises et / ou prestataires de services dans le cadre de la prestation transfrontalière de services (affaires Laval, Rüffert et Commission contre Luxembourg) et de l'établissement transfrontalier (affaire Viking). Dans ces arrêts, la Cour de Justice des Communautés européennes a en particulier donné son interprétation de la relation entre, d'une part, les droits sociaux fondamentaux de négociation collective et d'action collective et, d'autre part, les libertés économiques du marché intérieur.

Ces décisions ont suscité la controverse : les règles européennes existantes sont-elles adéquates pour protéger les droits des travailleurs dans le cadre de la libre prestation de services et de la liberté d'établissement ?

En octobre 2008, la Commission européenne et la présidence française du Conseil ont invité les partenaires sociaux européens à analyser ensemble les conséquences des arrêts de la CJE et les défis liés à un accroissement de la mobilité en Europe ainsi qu'à aider à rétablir la confiance dans la poursuite du développement du marché intérieur.

Les partenaires sociaux européens s'accordent à reconnaître que l'impact des quatre arrêts de la CJE, qui va au-delà des situations nationales spécifiques en jeu, mérite qu'une réflexion soit entamée au niveau européen.

Les employeurs et les syndicats ont accepté d'étudier ensemble la question et se sont donc réunis à quatre reprises au grand complet (le 30 mars, le 5 juin, le 26 octobre et le 19 janvier) et à quatre autres reprises en comité restreint (le 18 mai, le 29 septembre, le 14 décembre et le 18 janvier).

Les partenaires sociaux européens reconnaissent l'importance du rôle et la légitimité de la CJE d'interpréter les règles existantes de l'UE. Dans ce travail, ils ont adopté une approche critique pour essayer de trouver des points de convergence. Toutefois, sur les questions pour lesquelles aucun accord n'a été trouvé, le texte reflète les positions respectives des employeurs et des syndicats.

Ils ont convenu que les points suivants étaient les plus pertinents pour leur réflexion :

1. Le cadre du marché unique et l'impact des arrêts de la CJE ;
2. La relation entre les libertés économiques et les droits (sociaux) fondamentaux ;
3. Le défi du respect de la diversité des systèmes et modèles de relations industrielles ;
4. Réponses aux défis posés par les arrêts

Le présent rapport se divise en trois sections. La première reprend les observations communes aux employeurs et aux syndicats européens. La seconde comprend deux contributions distinctes sur les points que les employeurs et les syndicats considèrent comme les questions principales soulevées par les arrêts et sur lesquels ils ne sont pas parvenus à se mettre d'accord. Elles sont structurées de la même manière pour que le document soit facile à lire. La troisième section reprend les remarques finales des partenaires sociaux européens.

L'idée sous-jacente à l'analyse commune n'était pas de réaliser une analyse au cas par cas des arrêts de la CJE mais plutôt de réfléchir à un certain nombre de questions transversales. Les partenaires sociaux européens ont convenu d'axer leur travail, dans le contexte des points mentionnés ci-dessus, sur les questions suivantes : la concurrence loyale sur le marché intérieur, les obstacles à éliminer et / ou les conditions à établir pour garantir la libre circulation des services et des travailleurs, la transparence et la sécurité juridique, le principe de non-discrimination, le rôle des pouvoirs publics.

Section I : observations communes

Le marché intérieur a été un facteur clé pour l'amélioration du niveau de vie dans toute l'UE. Il n'est pas une fin en soi mais constitue un instrument permettant d'atteindre le progrès économique et social. Dans le cadre de l'élargissement de l'UE, il s'est avéré un instrument de convergence économique et sociale comme le montre le rattrapage rapide observé ces dernières années dans les pays d'Europe centrale et orientale après leur adhésion à l'UE, bien que la crise économique pourrait freiner cette tendance dans certains de ces pays

Les partenaires sociaux européens sont inquiets de l'accroissement du protectionnisme et de la xénophobie récemment observé en Europe. Un marché unique qui fonctionne bien permettrait de résoudre en partie le problème, particulièrement en temps de crise économique. Les partenaires sociaux reconnaissent qu'il est important d'améliorer la confiance dans les bienfaits du marché unique et de résoudre les problématiques du retard de sa dimension sociale par rapport à sa dimension économique.

Les libertés économiques et les droits sociaux fondamentaux sont des caractéristiques essentielles des systèmes économiques et sociaux européens. Dans ses arrêts Viking et Laval, la Cour de Justice des Communautés européennes a décidé de la mesure dans laquelle l'exercice des droits sociaux fondamentaux des travailleurs peut légitimement justifier des restrictions aux libertés économiques, en particulier à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services.

Les partenaires sociaux européens sont d'accord que les libertés économiques et les droits sociaux fondamentaux interagissent au sein de leur propre domaine de compétence. En revanche, leurs avis divergent sur les implications concrètes de cette interaction et en particulier sur sa signification en termes de limitation du droit à l'action collective et / ou de la liberté d'établissement ou encore de la libre prestation de services.

Les « quatre libertés » - la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux - doivent être protégées et correctement développées en vue d'accroître la prospérité et le développement social en Europe.

Les partenaires sociaux européens se sont engagés à mettre pleinement en œuvre les principes de libre circulation pour autant que cela se fasse dans un contexte de concurrence loyale. À cette fin, des mesures d'accompagnement doivent être mises en place tant au niveau national qu'au niveau européen.

La mobilité des travailleurs et des entreprises dans le marché unique est un élément clé dans la poursuite de la construction européenne sur le plan économique, social et culturel. Elle a un impact positif sur les conditions de vie et de travail des travailleurs mobiles et est par conséquent largement soutenue en Europe. Toutefois, la perception négative de la mobilité et de ses conséquences pour une partie des travailleurs et des citoyens tant des pays d'origine que des pays d'accueil ne peut être ignorée.

Les partenaires sociaux européens rappellent que le principe de non-discrimination et d'égalité de traitement est un principe clé du marché intérieur s'appliquant aux travailleurs tout comme aux entreprises. L'article 45 TFUE (ex-article 39 TCE) stipule que la libre circulation des travailleurs implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail. L'article 57 TFUE (ex-article 50 TCE) stipule que le prestataire du service peut exercer, à titre temporaire, son activité dans l'État membre d'accueil dans les mêmes conditions que celles que cet État impose à ses propres ressortissants.

Le concept de mobilité transfrontalière des travailleurs couvre à la fois la libre circulation des travailleurs et la mobilité temporaire des travailleurs (le détachement) dans le cadre de la prestation transfrontalière de services. Dans ce contexte, c'est l'article 56 TFUE (ex-article 49) qui s'applique.

La mobilité dans le cadre de la libre prestation de services par le biais du détachement de travailleurs étant au cœur de trois des quatre arrêts de la CJEU, c'est sur cette thématique que les discussions entre les employeurs et les syndicats, reprises dans le rapport de travail, ont porté.

Afin de préserver un climat de concurrence loyale, toutes les entreprises et tous les prestataires de services devraient être soumis, dans des situations comparables, aux mêmes règles et règlements, sans discrimination.

La Directive sur le détachement des travailleurs prévoit des normes minimales à appliquer pour assurer le respect des droits des travailleurs et un climat de concurrence loyale. Même si les partenaires sociaux européens sont d'accord sur ce principe, leurs avis divergent sur la question de savoir si la Directive sur le détachement de travailleurs telle qu'interprétée par la Cour de Justice des Communautés européennes permet d'atteindre ces objectifs. Alors que les deux parties reconnaissent qu'il est nécessaire d'obliger les prestataires de services à se conformer à un noyau de règles définies par le pays d'accueil, elles ne sont pas d'accord sur la définition de ce noyau ainsi que sur la

possibilité pour les syndicats et / ou les États membres dans le pays d'accueil d'aller au-delà de ce noyau de règles.

La diversité des systèmes de relations industrielles devrait être respectée. Conformément au principe de subsidiarité, les conditions de travail sont et devraient continuer à être essentiellement déterminées en fonction des règles nationales applicables à un marché donné, tel qu'elles sont fixées par la législation nationale, les conventions ou pratiques collectives tenant compte des lois et des règlements européens qui régissent les normes minimales.

Les dernières données disponibles¹ indiquent que les travailleurs détachés représentent 0,4% de la population en âge de travailler de l'UE. Toutefois, ce chiffre pourrait être en augmentation.

Les partenaires sociaux européens reconnaissent que certains problèmes surviennent lors de la transposition de la Directive sur le détachement de travailleurs dans les différents contextes nationaux. Toutefois, leurs avis divergent sur la nature des principaux problèmes, sur la manière de les résoudre et sur le niveau auquel cela devrait se faire. L'abus des sociétés boîte-aux-lettres qui utilisent leur structure artificielle dans le seul but de se soustraire à la législation et aux règlements du travail et sociaux du pays d'accueil constitue l'un des problèmes conjointement reconnus.

Les partenaires sociaux nationaux et européens pourraient jouer un rôle dans la recherche de solutions à certaines des questions mentionnées dans la présente section.

En ce qui concerne la Directive sur le détachement de travailleurs, les employeurs prestataires de services transfrontaliers et les travailleurs détachés doivent être bien informés de leurs obligations et de leurs droits. Améliorer l'information est une condition préalable à une bonne application de la directive.

Les pouvoirs publics ont un rôle important à jouer à cet égard.

Les partenaires sociaux européens soutiennent donc la Commission européenne dans sa tâche de faciliter l'accès à l'information et d'améliorer la coopération administrative entre les États membres en matière de détachement de travailleurs. Les partenaires sociaux européens reconnaissent qu'il est important de mieux contrôler et mettre en œuvre la Directive sur le détachement de travailleurs. En revanche, ils ne sont pas entièrement d'accord sur la question de savoir dans quelle mesure cela permettra de résoudre les problèmes clés soulevés par les arrêts de la CJE.

Bien que les partenaires sociaux européens admettent que la réglementation sur les marchés publics ouvrent des perspectives à la poursuite des objectifs sociaux qui sont utilisées différemment par les États membres, ils ne sont pas d'accord sur la question de savoir si et dans quelle mesure l'arrêt de la CJE dans l'affaire Ruffert n'aurait pas compliqué pour les pouvoirs publics et les partenaires sociaux l'intégration du respect des considérations sociales dans les marchés publics, et en particulier le respect des

¹ Communication de la Commission européenne « Détachement de travailleurs dans le cadre de la prestation de services : en tirer les avantages et les potentialités maximum tout en garantissant la protection des travailleurs », juin 2007.

relations industrielles et de la négociation collective en cas de prestation transfrontalière de services.

Section II : Contributions séparées

A/ Employeurs

1. Le contexte du marché unique

Le marché unique est un outil-clé de la croissance économique en Europe puisqu'il permet d'éliminer progressivement les obstacles à la libre circulation des personnes, des biens, des services et des capitaux. Avec un marché qui regroupe désormais 30 pays et environ 500 millions de citoyens², des flux d'investissements transfrontaliers d'une valeur de 430 milliards d'euros par an et 70% des exportations des États membres destinées à d'autres pays de l'UE, les avantages d'un renforcement de l'intégration sont indéniables.

Toutefois, il reste encore un long chemin à parcourir avant que le marché unique ne fonctionne de manière optimale et que les citoyens et les entreprises, en particulier les PME, ne bénéficient au maximum de ses avantages. De nombreux obstacles au marché unique subsistent, qui représentent au total un potentiel économique inexploité de 275 à 350 milliards d'euros³.

Nonobstant un éventuel impact négatif de la crise économique sur les salaires dans certains États membres, l'évolution des salaires dans les États membres d'Europe centrale et orientale ces dernières années illustre bien la rapidité avec laquelle ces pays rattrapent leur retard de niveau de vie depuis leur adhésion à l'UE. En 2007, les salaires ont augmenté de 33,2% en Lettonie, de 26,5% en Estonie, de 20,2% en Roumanie et de 17,9% en Bulgarie⁴. L'augmentation des salaires a été de 3,6 fois plus élevée dans l'UE à 12 que dans l'UE à 15 en 2007 et de 2,7 fois plus élevée en 2008⁵. **Cette tendance à la convergence économique et sociale montre les effets positifs du marché intérieur.**

En ce qui concerne la dimension sociale du marché intérieur, l'acquis social communautaire consiste en la combinaison de systèmes nationaux très développés et de mesures législatives avec, au niveau européen, plus de 70 directives en matière d'emploi et de politique sociale.

À cet égard, **les Européens ont une perception positive de l'impact de l'UE** en matière d'emploi et de politiques sociales. Selon une enquête Eurobaromètre publiée en septembre 2009⁶, plus de 70% des Européens pensent que l'UE a eu un impact positif sur la lutte contre la discrimination fondée sur le sexe (76%) et d'autres formes de

² En 1994, l'accord EEE élargit le marché intérieur aux trois pays de l'AELE, à savoir la Norvège, l'Islande et le Liechtenstein.

³ BUSINESSEUROPE calculs basés sur le rapport de la Commission européenne intitulé « Vers une intégration économique renforcée : le marché intérieur au 21^e siècle ».

⁴ Rapport annuel de la DG ECFIN de la Commission européenne sur le travail et l'évolution des salaires dans l'UE, octobre 2008.

⁵ EUROFOUND rapport annuel sur l'évolution des salaires en 2008, septembre 2009.

⁶ EUROBAROMETRE 316 - « La politique européenne sociale et de l'emploi », septembre 2009.

discrimination (73%), la création de nouveaux emplois et la lutte contre le chômage (72%) ainsi que sur la lutte contre l'exclusion sociale et la pauvreté (70%).

La mobilité des travailleurs sur le marché unique offre également des opportunités intéressantes en matière d'amélioration des conditions de travail et de relèvement du niveau de vie, notamment pour les travailleurs originaires des régions les plus pauvres de l'UE. Selon une autre enquête Eurobaromètre publiée en octobre 2006, 70% des Européens qui ont répondu à l'enquête considèrent que la possibilité pour eux de travailler dans un autre État membre et alternativement celle pour d'autres ressortissants de l'UE de venir travailler dans leur pays à eux a un effet positif⁷.

Selon la Commission européenne, la récente mobilité intra-européenne a eu un impact économique globalement positif depuis l'élargissement de 2004 qui ne devrait pas engendrer de graves perturbations sur le marché du travail, même dans les États membres qui ont connu un afflux relativement important de migrants en provenance des nouveaux États membres⁸.

2. Les relations entre les libertés économiques et les droits (sociaux) fondamentaux

Les organisations patronales considèrent que les arrêts de la CJE n'ont pas affecté les relations entre les droits sociaux fondamentaux et les libertés économiques et ne les ont pas non plus subordonnés les uns par rapport aux autres.

Une entreprise européenne fournissant des services dans un autre État membre doit respecter quatre niveaux de régulation sociale imposée au niveau de l'UE :

- **Plus de 70 directives européennes dans le domaine des affaires sociales :** ces directives abordent un large éventail de questions dans les limites des compétences prévues par le traité de l'UE. Elles doivent être transposées dans le droit national. L'un des objectifs de la législation sociale européenne était précisément d'assurer un fondement pour la concurrence loyale.
- **Les droits sociaux fondamentaux reconnus au niveau européen :** ils interviennent aussi comme limites à l'interprétation de la législation européenne. La récente ratification du traité de Lisbonne confère à la Charte des droits fondamentaux un pouvoir contraignant, ce qui renforce le statut des droits sociaux fondamentaux dans l'UE.

De plus, la mission de la Cour européenne de Justice est de s'assurer que le droit est respecté dans l'interprétation et l'application du traité UE, y compris les instruments juridiques qui en découlent tels que les directives et les règlements. Dans les cas Laval et Viking, la CJE a reconnu que la protection des travailleurs est en principe un objectif légitime, qui peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général. Lorsque l'action collective est utilisée de manière proportionnelle, la protection des travailleurs peut ainsi être invoquée pour justifier de plus amples limites aux libertés économiques.

⁷ EUROBAROMETRE 254 - « Le marché intérieur - opinions et expériences des citoyens de l'UE-25 », octobre 2006.

⁸ Rapport sur l'emploi en Europe en 2008, novembre 2008.

- **Les lois sociales et du travail de son propre pays** : les États membres de l'UE ont élaboré des lois sociales et du travail très complètes qui traitent de questions relevant de la compétence nationale et qui vont souvent plus loin que les exigences minimales prévues dans les directives de l'UE.
- **Le noyau de dispositions du code du travail du pays-hôte** : l'article 3 de la Directive sur le détachement de travailleurs oblige les prestataires de services étrangers à respecter un noyau dur de normes du travail du pays-hôte.

De la même manière, comme il y a de nombreuses limitations aux libertés économiques, il peut aussi y avoir des limites à l'exercice des droits sociaux fondamentaux tels que le droit de recourir à une action collective. C'est aussi le cas avec d'autres droits sociaux fondamentaux comme la liberté d'expression. Selon la jurisprudence de la CJE, contrairement à d'autres droits fondamentaux comme le droit à la vie ou l'interdiction de la torture et de peines ou traitements inhumains ou dégradants qui ne souffrent aucune restriction, ni la liberté d'expression, ni la liberté de réunion n'apparaissent comme étant absolues⁹.

Des restrictions aux libertés économiques fondées sur les droits fondamentaux sont souvent prévues dans les réglementations nationales. Toutefois, **le fait que la réglementation de certains droits sociaux fondamentaux est de la compétence des États membres ne signifie pas que leur exercice ne puisse faire l'objet de certaines limites en raison de son interaction avec les libertés fondamentales de l'UE**. Par conséquent, il est cohérent et juste de reconnaître l'existence de restrictions mutuelles.

Il est important dans le débat de souligner que la CJE a reconnu le droit des syndicats de mener une **action collective** comme un droit fondamental pour la première fois. Toutefois, elle a reconnu une limitation fondamentale et logique liée à son interaction avec la liberté de prestation de services: le recours à une action collective doit être proportionné. Imposer des limites au droit d'agir collectivement, notamment par une exigence de proportionnalité, n'est pas une nouveauté. C'est une limitation en effet reconnue par de nombreux États membres, y compris certains des États membres qui ont été directement affectés par les arrêts de la CJE. **De plus, de telles limitations sont entièrement compatibles avec les standards internationaux, y compris ceux fixés par l'OIT.**

Une exigence de proportionnalité est nécessaire pour garantir que l'exercice de ce droit ne sape pas injustement le droit des entreprises de mettre en place ou de fournir des services dans un autre État membre et / ou d'exclure des fournisseurs de services étrangers d'un marché national.

Concurrence loyale / non-discrimination

Les employeurs reconnaissent le rôle de la concurrence loyale entre les entreprises nationales et étrangères dans le cadre d'un marché intérieur qui fonctionne bien.

⁹ Arrêt de la CJE C-112/00 du 12 juin 2003, « Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge versus Republik Österreich » & 80

Toutefois, un climat de concurrence équitable peut être atteint même si les travailleurs ne sont pas soumis aux mêmes conditions de travail.

Des niveaux de salaires ou des conditions de travail différentes sont une réalité à la fois dans un contexte transfrontalier et au niveau national. Les entreprises sont en concurrence sur la base d'un certain nombre de facteurs. Différents niveaux de salaires ou autres conditions de travail n'ont pas été et ne devraient pas être en soi considérés comme une concurrence déloyale. Au niveau national également, les entreprises se font concurrence, même si des conditions salariales et de travail de leurs travailleurs ne sont pas identiques.

Les organisations patronales européennes représentent les entreprises de tous les pays de l'UE, et par conséquent les entreprises qui se font concurrence sur le marché unique, mais aussi des fournisseurs et des employeurs de main-d'œuvre. Par conséquent, ce sont des organisations qui ont le plus de légitimité et le plus haut niveau de sensibilité par rapport à la nécessité de préserver un niveau équitable de concurrence entre entreprises dans l'UE. En ce sens, lorsqu'elles ont défini et mis à jour leur position sur la directive sur le détachement des travailleurs, **le patronat européen de tous les États membres et secteurs a clairement exprimé sa ferme conviction que cette directive constituait un terrain d'action équilibré et adéquat pour toutes les entreprises.**

La directive sur le détachement des travailleurs vise à encourager les entreprises à fournir des services dans un autre État membre de l'UE dans un climat de concurrence loyale. Pour y arriver, elle leur permet de détacher leurs travailleurs dans ce pays pour une période temporaire, tout en assurant un niveau adéquat de protection aux travailleurs détachés. À cet égard, la directive coordonne plutôt qu'elle n'harmonise les législations nationales.

Il y a deux raisons principales pour lesquelles les employeurs pensent que la directive sur le détachement de travailleurs garantit un climat de concurrence loyale entre les entreprises étrangères et nationales.

Tout d'abord, **la directive sur le détachement de travailleurs impose aux prestataires de services étrangers le respect d'un noyau dur de normes du travail du pays-hôte** - par exemple le temps de travail, les périodes de repos, les congés, les taux de salaire minima, la santé et la sécurité et la non-discrimination. La directive garantit par conséquent une concurrence loyale sur le marché intérieur en garantissant des conditions de travail équitables aux travailleurs détachés.

En revanche, la directive n'a pas été rédigée avec l'intention d'imposer des «conditions égales», étant donné que les travailleurs détachés rencontrent des circonstances différentes de celles des travailleurs du pays-hôte. **Imposer aux entreprises étrangères le respect de l'ensemble du cadre du droit du travail du pays-hôte dénaturerait l'objectif de la directive.** Dans la pratique, cela reviendrait à fermer les marchés nationaux à de nombreux concurrents étrangers, en particulier pour les entreprises en provenance de pays qui ont rejoint l'UE après le dernier élargissement. Et cela serait contre-productif en termes de croissance et d'emploi.

Deuxièmement, la directive prévoit que le **noyau de règles obligatoires ne peut être contraignant que pour les prestataires de services étrangers, si elle s'applique aussi à toutes les entreprises du pays-hôte.** Il serait injuste d'exiger du prestataire

étranger qu'il satisfasse à des règles qui ne sont pas obligatoires pour certaines entreprises dans le pays d'accueil. Cela étant dit, il n'y a aucune raison pour que les pays qui n'ont pas de conventions collectives applicables généralement ne changent de système. Il est également intéressant de noter que, pour les questions énumérées à l'article 3 de la directive sur le détachement des travailleurs, les conventions collectives généralement applicables qui sont en conformité avec les dispositions de la directive vont parfois au-delà des règles minimales nationales.

Enfin, en plus de l'application du noyau de règles du pays d'accueil, l'article 3.7 de la directive sur le détachement ouvre la possibilité d'appliquer des conditions d'emploi qui sont plus favorables pour les travailleurs détachés. Il convient de souligner que cette disposition vise à éviter que les conditions de travail auxquelles ont droit les travailleurs détachés dans le pays d'origine s'aggravent en raison de leur détachement. Cette situation est complètement différente du contexte dans lequel la CJE a pris sa décision.

Obstacles à éliminer et / ou conditions à mettre en place, transparence et sécurité

Les arrêts de la CJE renforcent la sécurité juridique et la manière dont les libertés économiques et les droits sociaux fondamentaux doivent être conciliés, et aussi les conditions qui doivent être respectées par les entreprises à l'égard de leurs travailleurs détachés.

Les employeurs ne sont pas toujours d'accord avec les décisions de la CJE. Toutefois, ils estiment que l'interprétation par la CJE de la directive détachement des travailleurs dans les cas Laval, Rüffert, et Luxembourg est utile pour éviter l'incertitude, c'est-à-dire la nécessité de tenir compte des conventions collectives dans le pays d'origine, et d'assurer un terrain de concurrence loyale.

À cet égard, les employeurs saluent l'interprétation par la Cour de justice de la notion d'**ordre public** dans l'affaire Luxembourg. Il s'agit d'un concept bien établi du droit international par lequel les États peuvent imposer le respect des dispositions nationales qui sont réellement cruciales pour la protection de l'ordre politique, social ou économique, au point de justifier une exemption exceptionnelle des engagements convenus ou des règles applicables.

Compte tenu du caractère dérogatoire d'une disposition d'ordre public, il est logique que sa portée ne soit pas déterminée de manière unilatérale ou appliquée trop largement par les gouvernements, sinon cela reviendrait à saper sa finalité qui est de traiter des situations exceptionnelles. Une interprétation restrictive de la disposition d'ordre public doit donc être assurée.

S'agissant de détachement des travailleurs, la notion d'ordre public ne permet donc pas aux États membres d'imposer sans limites leur réglementation du travail aux prestataires de services étrangers. Des listes exhaustive des dispositions relatives au travail s'appliquant à un large éventail de sujets (par exemple, dans l'affaire Luxembourg, l'indexation des salaires, des règles spécifiques à temps partiel et travail à durée déterminée, etc.) ne sont pas seulement en contradiction avec l'article 3 de la directive sur le détachement des travailleurs, mais ne respectent pas non plus la portée restrictive des dérogations qui peuvent être justifiées pour des raisons d'ordre public.

Même si les arrêts de la CJE ont accru le degré de sécurité, de nombreuses entreprises continuent à lutter pour trouver les informations adéquates quant aux conditions de travail qui s'appliquent aux travailleurs détachés.

Le défi est donc de veiller à ce que les prestataires de services disposent des informations nécessaires afin qu'ils puissent respecter, dans tous les Etats membres de l'UE, leur obligation légale de garantir les dispositions clairement définies d'emploi du pays d'accueil régissant les travailleurs détachés.

Des mesures de contrôle efficace peuvent aussi contribuer à une meilleure application des dispositions de la directive sur le détachement. Toutefois, il est essentiel de veiller à ce que de telles mesures ne constituent pas des restrictions injustifiées à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services.

3. Le défi du respect de la diversité des systèmes de relations et modèles industriels

Il existe une grande diversité de pratiques dans les États membres en ce qui concerne les modalités et le niveau de détermination des conditions de travail.

Dans la pratique, chaque pays de l'UE a établi sa propre façon de garantir des conditions minimales de travail pour les travailleurs détachés, en tenant compte de leurs différents modèles de relations industrielles.

Indépendamment de l'existence ou de l'absence de salaires minima et / ou de conventions collectives généralement contraignantes dans le cadre de leur système de relations du travail, les États membres peuvent maintenir des traditions qui se sont développées au fil des décennies. La même chose vaut pour la validité de leurs pratiques d'action collective et les règlements.

Néanmoins, **le nécessaire respect de la diversité des systèmes nationaux de relations industrielles n'a pas été et ne devrait pas empêcher des ajustements éventuels s'ils sont nécessaires pour assurer la transposition et l'application appropriées de la directive.** Ce n'est pas la première fois qu'une directive européenne ou son interprétation par un arrêt de la CJE a un impact sur les systèmes de relations industrielles dans certains États membres. Ce qui importe est que cet impact ne remette pas en cause fondamentalement ces systèmes. Les employeurs croient que l'incidence de la directive détachement des travailleurs, telle qu'interprétée par la Cour européenne de justice, ne sape pas les fondements de tout système national de relations professionnelles dans un pays européen.

De même, les employeurs pensent que l'affaire Ruffert n'a pas non plus nui à l'utilisation des règles de marchés publics dans la poursuite d'objectifs sociaux quand il y en avait. Sans remettre en cause cette pratique en Allemagne, la Cour européenne de justice a simplement déduit que les dispositions d'une convention collective qui n'étaient pas applicables à certaines entreprises du secteur privé du pays d'accueil ne pouvaient pas être imposées à un prestataire de services étranger par voie de marchés publics.

4. Des réponses aux défis soulevés par les arrêts

Les arrêts de la CJE ont soulevé un certain nombre de questions concernant la relation entre les libertés économiques et les droits sociaux fondamentaux dans le marché unique et concernant l'application de la directive détachement.

Même si leur impact frappe essentiellement au niveau national, ils n'ont pas provoqué une rupture des relations industrielles dans les États membres. Le nombre limité d'États membres où certains problèmes ont été mis en exergue par des arrêts de la CJE trouvent des solutions. Cela peut impliquer l'adaptation des règles nationales existantes là où elles ne respectaient pas le droit communautaire. Toutefois, l'implication des partenaires sociaux dans l'élaboration de solutions efficaces dans ces pays est essentielle afin de minimiser le risque que les besoins des employeurs et les syndicats ne soient pas pris en compte.

Suite à la ratification du traité de Lisbonne, la clause sociale transversale est maintenant entrée en vigueur. En outre, la Charte des droits fondamentaux de l'UE inclut une reconnaissance explicite du «droit à la négociation et à l'action collective » (article 28), qui est contraignante pour tous les États membres de l'UE sauf trois. Dans ce contexte, il n'est pas nécessaire d'ajouter un protocole de progrès social dans le traité.

Il n'y a pas non plus de nécessité de réviser la directive sur le détachement des travailleurs, qui remplit sa mission de faciliter la prestation transfrontalière de services dans un climat de concurrence loyale. Les problèmes qui se sont produits avec les arrêts de la CJE étaient dus à des carences dans la transposition de cette directive au niveau national. La priorité est donc d'améliorer son application et sa mise en œuvre dans les États membres.

À cet égard, des informations sur la diversité des réglementations nationales applicables aux travailleurs détachés dans les États membres devraient être rendues plus largement accessibles aux entreprises. Les employeurs soutiennent la mesure prise par la Commission européenne d'améliorer la coopération administrative entre les États membres, en particulier le développement d'un système électronique d'échange d'informations. Un plus large accès à l'information est une condition importante pour encourager davantage d'entreprises à fournir des services dans d'autres États membres que leur pays d'établissement.

Les partenaires sociaux peuvent également jouer un rôle pour fournir des informations aux fournisseurs de services et des travailleurs. Par exemple, les partenaires sociaux européens du secteur de la construction, la FIEC et la FETBB, ont développé conjointement un site Web contenant des informations sur les réglementations nationales applicables aux travailleurs détachés dans le secteur de la construction¹⁰.

B/ CES

1. Cadre du marché unique et impact des arrêts de la CJE

¹⁰ Voir www.posting-workers.eu

La CES s'est engagée dans le développement du marché unique et dans la mise en œuvre intégrale des quatre libertés qui y sont attachées, en particulier la libre circulation des travailleurs, qui est un droit très apprécié par les citoyens de l'UE. Toutefois, la CES s'inquiète du fait que l'impact social de la mobilité accrue des travailleurs, des entreprises et des services ne soit pas suffisamment pris en compte par les institutions de l'UE et les États membres.

Dans les pays d'émigration, la fuite des cerveaux et des jeunes est généralement considérée comme effets collatéraux négatifs d'une mobilité accrue. L'espoir de revenus de ménages plus élevés et de meilleures conditions de travail est le facteur le plus important qui tend à encourager les Européens à s'installer dans un autre pays. Néanmoins, dans les pays d'accueil, il y a de fortes indications qui révèlent de grandes différences dans les conditions de vie des nouveaux immigrés par rapport aux ressortissants de ces pays d'accueil et parmi elles, on relèvera des risques élevés de pauvreté et des difficultés en matière d'accès au logement, aux soins de santé et aux autres services sociaux. L'incapacité de créer les conditions qui devraient permettre aux travailleurs mobiles de s'intégrer dans la société peut entraîner de graves problèmes sociaux et une perte des avantages économiques de la mobilité. Ces problèmes pourraient être à l'origine des attitudes négatives envers la mobilité intra-UE¹¹.

Dans ce contexte, la CES est d'avis que **les quatre arrêts de la CJE ont encore montré les faiblesses du cadre juridique actuel de l'UE en matière de mobilité des entreprises** et des prestataires de services. Les arrêts ont accentué les préoccupations relatives au dumping social et ont rendu encore plus difficile la recherche d'une solution à ce problème dans plusieurs pays. Outre que cela a eu un **impact négatif sur le niveau de confiance parmi les travailleurs et les citoyens quant aux avantages du marché intérieur**, cela a augmenté l'euro-scepticisme, et alimenté les tendances à la montée du protectionnisme et de la xénophobie, dans le contexte de crise économique et financière actuelle. De plus, ces affaires **mettent en péril les modèles de partenariat social et les systèmes nationaux de relation industrielle**. Ces faiblesses devraient par conséquent être traitées d'urgence.

Pour la CES, il existe deux dimensions dans cette faiblesse:

- Une faiblesse au niveau des traités européens, parce que la **CJE a confirmé une hiérarchie des normes, positionnant les libertés du marché au niveau le plus élevé de la hiérarchie**, et les droits fondamentaux à la négociation collective et à l'action à la deuxième place. Bien que la CJE fasse référence à un équilibre entre les droits économiques et sociaux, elle considère en fait les droits fondamentaux à la négociation et à l'action collective avant tout comme des restrictions potentielles aux libertés économiques.
- Une faiblesse du cadre juridique applicable aux travailleurs détachés, étant donné que **la CJE a interprété la directive sur le détachement d'une manière très restrictive**, limitant la possibilité pour les États membres et les syndicats de protéger

¹¹ Rapport 2008 sur l'emploi en Europe. En outre, en relation avec la crise économique, les Européens ont vu leur situation financière se dégrader par rapport à il y a cinq ans. Les plus fortes proportions d'évaluations négatives sont observées entre les pays membres d'Europe centrale et Europe de l'Est. En outre, environ un tiers des répondants de Bulgarie, Lettonie et Slovaquie prévoient que leur budget financier se détériore au cours de l'année à venir (EUROBAROMETRE 315 - Climat social)

adéquatement les travailleurs détachés contre la concurrence déloyale sur les salaires et les conditions d'emploi.

2. Relation entre les libertés économiques fondamentales et droits (sociaux)

La CES est très préoccupée par le prétendu équilibre introduit par la Cour de justice entre les libertés économiques et droits sociaux fondamentaux. Du point de vue de la CES, les arrêts de la CJE limitent significativement le droit de mener une action collective, mais n'affectent pas les libertés économiques.

Le droit d'organiser une action collective est reconnu dans les règles internationales, dans la législation européenne et dans le droit constitutionnel national. **Le droit de l'UE ne devrait pas être interprété de manière à imposer des restrictions aux droits fondamentaux** qui ont pour effet de porter **atteinte à l'obligation des États membres de se conformer à leurs obligations de droit international** reconnues par l'OIT, le Conseil de l'Europe et le droit constitutionnel national. La CES estime que fixer des limites par rapport aux règles du marché intérieur de l'UE est inacceptable. En outre, de telles restrictions ou limitations ne peuvent pas résulter d'un examen économique. La CES rappelle que les normes internationales de l'OIT, par exemple, ne permettent pas l'application de tels examens économiques et n'acceptent pas la notion de proportionnalité.

En outre, la CES estime que la préservation de la capacité des syndicats de mener une action collective est aussi dans l'intérêt des employeurs qui ont besoin de partenaires forts dans les négociations pour pouvoir s'entendre collectivement sur les conditions de travail. De même, l'existence de syndicats forts est essentielle pour orienter les attentes des individus et canaliser l'agitation sociale. **L'affaire Viking, cependant, a créé un flou juridique majeur, qui met en cause l'exercice même du droit fondamental à l'action collective. La pérennité des systèmes nationaux de relations industrielles est donc mise en péril. En outre, il existe un risque réel de « judicialisation » des conflits sociaux**, les entreprises étant tentées de recourir aux injonctions provisoires pour arrêter l'action sociale - avant même qu'elle ait été entamée, en tout cas avec une potentielle dimension transfrontalière, et avec une responsabilité potentielle des syndicats pour des dommages et intérêts énormes dans de tels cas. Et ceci peut entraîner la conséquence - non désirée et non désirable - de promouvoir des grèves sauvages, puisque l'action collective organisée devient extrêmement difficile à mener d'une manière juridiquement correcte.

Concurrence loyale - non discrimination

La CES est d'avis que le **principe de « l'égalité de traitement » est un principe clé dans le marché intérieur**, partant du principe que tous les acteurs sur le marché intérieur, les travailleurs autant qu'entreprises, ne devrait pas faire l'objet de discriminations parce qu'ils viennent d'un autre État membre. L'observance de ce principe est d'une importance capitale si l'on veut faire accepter le marché intérieur par les travailleurs et les citoyens.

À la suite des arrêts de la CJE, le principe général de non-discrimination entre les entreprises ou les prestataires de services locaux et étrangers n'est plus respecté avec pour conséquence l'inégalité de traitement des travailleurs. Si un sous-traitant étranger ne peut être tenu responsable que pour des niveaux minima de salaires et de conditions de travail dans le pays-hôte, alors que les fournisseurs et/ou sous-traitants intérieurs doivent ou devraient appliquer des normes supérieures (convenues par conventions collectives), alors il y a une incitation claire au «dumping social ». Au lieu de créer un espace avec des règles du jeu équitables pour les entreprises étrangères et nationales ou pour les fournisseurs de service, cela peut conduire à une discrimination à rebours (c'est-à-dire discrimination à l'égard des entreprises locales).

Là où dans de telles situations, les syndicats agissent en faveur des travailleurs, ils sont limités par les jugements restrictifs de la CJE qui conditionne la validité d'une action collective qui doit respecter la directive sur le détachement des travailleurs et qui assimile les syndicats à des émanations de l'État, limitant par là leurs possibilités de lutter pour améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs, y compris en exigeant l'égalité de traitement des travailleurs là où le travail est effectué.

Obstacles à éliminer et / ou conditions à mettre en place pour la libre circulation des services et des travailleurs

De l'avis de la CES, **les normes du droit du travail, les conditions de travail convenues par conventions collectives** et d'autres mesures destinées à assurer la protection des travailleurs devraient être considérées comme **des conditions préalables à un bon développement de la mobilité** des entreprises et des travailleurs dans le marché intérieur et **non pas comme des obstacles à la libre circulation** à l'intérieur de l'Union.

L'eupéanisation croissante du / des marché(s) du travail exige un cadre de « règles du jeu » claires et équitables, qui combine des frontières ouvertes à un champ d'action pour les entreprises et à une protection adéquate des travailleurs. Cela signifie que :

- Au niveau national, des mesures devraient être prises pour s'assurer que les systèmes de relations sociales et industrielles sont « **à l'épreuve de la mobilité** », c'est-à-dire capables de faire face à la mobilité accrue des travailleurs et des entreprises d'une manière qui empêche la concurrence déloyale en matière de salaires et de conditions de travail et qui respecte des systèmes et des traditions nationaux de négociation collective ;
- au niveau de l'UE, de telles mesures nationales devraient être reconnues et acceptées comme légitimes lorsqu'elles sont fondées sur le principe de non-discrimination des entreprises et des travailleurs, au lieu d'être contestées comme étant potentiellement incompatibles avec le marché intérieur.

Transparence et sécurité / normes du travail applicables

La CES reconnaît que la transparence a été l'un des problèmes soulevés dans l'arrêt Laval mais elle n'est pas du tout d'accord avec les employeurs que les quatre arrêts de la CJE en avaient renforcé le caractère de sécurité juridique. En outre, la CES estime que **l'argument de la « sécurité juridique » ne peut pas être invoquée comme excuse pour interférer avec les caractéristiques essentielles du droit du travail et des systèmes de relations industrielles** nationaux. Il convient de souligner que, comme on le sait, le modèle national (suédois) en question repose en grande partie sur la négociation collective au travail et que priver les syndicats des outils essentiels dont ils ont besoin pour stimuler des négociations constructives avec des entreprises locales et étrangères sur le même pied sape le fonctionnement même de ce système.

Dans l'affaire Rüffert, la question de la sécurité / insécurité ou du manque de transparence pour les entreprises n'était pas en jeu, étant donné que la législation locale de marchés publics a clairement mis l'accent sur la convention collective applicable. En outre, puisque les entreprises entendaient contractuellement respecter les normes du travail pertinentes, elles pouvaient difficilement prétendre ne pas en avoir été informées. Suite à l'affaire Rüffert, les clauses régissant la « Tariftreue » (à savoir le respect des niveaux salariaux tel qu'ils sont fixés dans la convention collective applicable) présentes dans la législation existante sur les marchés publics dans les Länder allemands n'ont pas été appliquées correctement, au détriment des travailleurs (tant les travailleurs locaux que détachés) et des employeurs locaux et entreprises mises en situation de concurrence avec des prestataires de services étrangers.

Le jugement Luxembourg a encore accru l'insécurité pour les travailleurs détachés et les employeurs. La Cour a jugé que la notion d'ordre public doit être interprétée au sens strict et que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chaque État membre. En conséquence, la validité des dispositions nationales ayant un caractère d'ordre public devra être évaluée au cas par cas, par la CJE elle-même. Cela crée donc une insécurité considérable quant aux normes applicables du travail. Comme d'autre part il n'existe pas de d'orientations claires sur le caractère légitime d'une mesure d'ordre public, la CES s'inquiète de ce que l'arrêt Luxembourg constitue un motif important de litiges.

Enfin, la CES souligne que les entreprises, **les travailleurs et les syndicats doivent être en mesure de déterminer d'avance le régime applicable non seulement aux normes de travail actuelles mais aussi aux règles régissant l'action collective**. En suggérant la nécessité d'un critère de proportionnalité générale à appliquer au cas par cas par les juridictions nationales, l'arrêt Viking a suscité une incertitude considérable à cet égard.

Le rôle des pouvoirs publics

En ce qui concerne l'objectif de la stratégie européenne en matière d'emploi de créer davantage d'emplois et des emplois de meilleure qualité, la CES souligne l'importance des critères sociaux dans les marchés publics comme moteur permettant d'atteindre ces objectifs communs. **Des marchés publics socialement responsables constituent un élément essentiel de la concurrence loyale sur le marché intérieur**. Cela devrait garantir que la libre concurrence ne conduise pas à un nivellement vers le bas des salaires et des conditions de travail et qu'elle assure en même temps l'amélioration des

conditions et des protections au niveau social, de vie et de travail conformément à l'article 151 TFUE. Cela est particulièrement important dans le contexte de la crise économique actuelle.

En raison des conditions excessivement rigides introduites par l'arrêt Rüffert, les pouvoirs publics sont en réalité dissuadés d'appliquer les conventions collectives locales sous réserve d'une acceptation des appels d'offre par les prestataires de services. La relation entre l'affaire Rüffert, la directive sur les marchés publics et la Convention n° 94 de l'OIT devrait être clarifiée. L'approche adoptée dans la Convention n° 94 de l'OIT est que les conditions dans les contrats de marchés publics ne devraient pas être moins favorables que celles établies pour le même travail dans le même domaine par une convention collective ou un instrument similaire. Dix États membres ont ratifié cette Convention et la Commission européenne et le Conseil des ministres l'ont incluse dans leur appel à ratification de tous les conventions actualisées en 2006.

3. Le défi du respect de la diversité des systèmes de relations et modèles industriels

Les arrêts **de la CJE ont un impact énorme sur les systèmes nationaux de relations industrielles**. En particulier:

- Des tests de proportionnalité pour fixer la validité des actions collectives ont été jusqu'à présent un concept inconnu dans la plupart des juridictions. L'intervention du juge dans les systèmes nationaux de relations industrielles va déclencher des conséquences imprévisibles dans toute l'Union ;
- Les arrêts de la CJE affichent une vision rigide de la négociation collective et de l'action collective, qui n'est pas compatible avec un certain nombre de traditions existantes. C'est le cas notamment pour les critères utilisés pour définir des conventions collectives aux termes de la Directive sur le détachement des travailleurs ;
- Les critères imposés par l'arrêt Rüffert pour la reconnaissance des conventions collectives dans les procédures de passation des marchés publics annule cette pratique nationale de soutien de la négociation collective et ne tient pas compte de la responsabilité spécifique des pouvoirs publics nationaux de garantir un travail décent ;
- Une évaluation de la CJE au cas par cas des notions d'ordre public, à la suite d'un test strict de justification, porte atteinte aux prérogatives des États membres de déterminer quels aspects de leur législation du travail sont à ce point essentiels à l'intérêt public qu'ils doivent être respectés par toutes les entreprises qui opèrent sur leur territoire.

En outre, même si la diversité des systèmes de relations industrielles doit être pleinement respectée, la CES rappelle tout de même que **l'un des objectifs de l'Union est la promotion du dialogue social** (articles 151 et 152 du TFUE). La CES considère que les arrêts Viking, Laval et Rüffert ne tiennent pas compte de cet objectif, parce que le rôle et les prérogatives des syndicats ont été sévèrement réduits. **La durabilité des**

relations industrielles a été menacée. Cela devrait être un sujet qui préoccupe tout le monde.

4. Des réponses aux défis soulevés par les arrêts

La CES respecte pleinement et apprécie le rôle de la CJE dans le cadre institutionnel de l'UE, mais tient néanmoins à souligner que d'autres interprétations juridiques, plus respectueuses de la dimension sociale du marché intérieur, auraient été possibles en vertu des traités. L'impact des quatre cas sur le respect des droits sociaux fondamentaux et sur la protection des travailleurs dans l'Union ne peut pas être ignoré. Les réponses aux défis soulevés par les arrêts nécessitent une intervention urgente de la part du législateur de l'UE. La CES propose trois grands axes de réponses :

- Le législateur de l'UE doit **clarifier en termes non équivoques au niveau des traités que l'exercice des libertés économiques doit respecter les droits sociaux fondamentaux, comme étant en ligne avec les objectifs du progrès social et de l'amélioration des conditions de vie et de travail** reconnus par les traités européens. Par conséquent, la CES réclame l'adoption d'une « clause de progrès social », prenant la forme d'un protocole juridiquement contraignant qui sera annexé aux traités¹².
- Il est d'une importance majeure **d'élargir le champ d'application de critères sociaux dans les procédures de marchés publics. En outre, l'UE doit s'assurer que tous les États membres peuvent continuer à adhérer à la convention n° 94 de l'OIT**, promouvoir sa ratification et sa mise en œuvre, et résoudre toute ambiguïté dans la législation européenne qui pourrait y faire obstacle.
- Une révision de la directive sur le détachement des travailleurs est indispensable pour améliorer la protection des travailleurs. Une révision doit restaurer ses objectifs premiers, à savoir assurer la protection des travailleurs et leur garantir un climat de concurrence loyale sur le marché intérieur. En particulier, le caractère minimal de la directive doit être rétabli, à savoir la notion que la directive prévoit une protection minimale (le cœur des droits qui doivent être appliqués), ce qui n'empêche pas des normes légales ou conventionnelles pour fournir aux travailleurs concernés par des conditions plus favorables (les normes qui peuvent être appliquées), pour autant que l'égalité de traitement et la non-discrimination des entreprises locales et étrangères soient assurées. La directive devrait plus clairement respecter les différents systèmes de relations sociales dans les États membres ainsi que l'instrument de la négociation collective comme processus souple et dynamique, instrument qui accompagne et gère les changements socio-économiques.

Section III: Remarques finales

Les partenaires sociaux européens ont accepté à la fin de 2008 de s'engager dans une réflexion sur les conséquences des arrêts de la CJE dans le contexte des défis liés à l'accroissement de la mobilité en Europe et de contribuer à rétablir la confiance dans le développement ultérieur du marché unique.

¹² La proposition de Clause de Progrès Social de la CES peut être téléchargée sur <http://www.etuc.org/a/5175>

Le présent rapport est le résultat de ces discussions. Avec ce rapport, les partenaires sociaux européens estiment qu'ils ont répondu à la demande de la Commission européenne et du Conseil.

Les partenaires sociaux européens pourraient, dans leurs activités futures, s'attaquer à certaines des questions mentionnées dans ce rapport.

À cet égard, ils tiennent à faire référence à leur engagement d'aborder dans leur Programme de travail 2009-2010 sur le dialogue social européen la problématique de la mobilité et celle de la migration économique.