

COLLOQUE :
EVALUER L'APPLICATION DE LA DIRECTIVE RELATIVE AU DETACHEMENT
DANS LE CADRE DE LA PRESTATION DE SERVICES

STRASBOURG PARLEMENT EUROPEEN
25-26 MARS 2010

**L'arrêt Commission c. Luxembourg et le rétrécissement arbitraire et
péremptoire du pouvoir normatif de l'Etat en matière sociale**

Nikitas ALIPRANTIS

Université Démocratite de Thrace (Grèce)

Observations liminaires

Dans la cascade des arrêts de la CJCE (dorénavant CJUE) anéantissant systématiquement les règles nationales du droit du travail, il est évident que c'est à titre indicatif qu'a été choisi l'arrêt Commission c. Luxembourg¹, car il semble avoir été moins commenté que des arrêts comme Laval ou Rüffert. Par conséquent la critique qui suit vaut, mutatis mutandis, pour tous les arrêts utilisant argumentation pareille ou comparable.

Le chemin sur lequel s'est engagée la CJUE depuis quelques années met en cause arbitrairement l'avenir social de l'Europe, d'autant plus qu'il s'agit d'un organe juridictionnel doté d'un pouvoir exorbitant² et non sujet à contrôle. Ce serait faux de croire que ce chemin a des assises sûres eu égard aux libertés économiques ; en fait il est parsemé d'arguments souvent tendancieux, d'expédients formalistes et encore d'utilisations déviantes et déformantes de grands principes juridiques tel celui de la proportionnalité : tous moyens mis en œuvre dans la politique juridictionnelle de la Cour afin de parvenir à une interprétation de la liberté d'établissement, de la libre prestation de services et en particulier de la directive 96/71, supprimant à la légère les règles du droit national du travail.

Par la suite seront successivement évoqués des différents points de la réglementation luxembourgeoise (loi du 20 décembre 2002) et l'appréciation critique

¹ Arrêt du 19 juin 2008, C-319/06

² V. article 164 CEE, devenu article 19TUE, érigeant le droit en critère distinct devant guider l'interprétation des traités

de l'argumentation de l'arrêt. Toutefois, au préalable, une observation critique générale est de rigueur.

A. Un constat général au départ.

Ce constat concerne une méprise, à mon avis, cruciale de la Cour sur l'appréhension de la notion de violation d'une règle de droit. Concrètement, la Cour considère – et ceci est devenu presque une formule consacrée – que la liberté d'établissement et la liberté de prestation des services (articles 49 et 56 TFUE) sont violées, donc restreintes, dès qu'il y a une gêne quelconque, voir simplement potentielle, qui pourrait rendre leur exercice moins attrayant (sic !) et en dissuader éventuellement les intéressés. Or la restriction d'une liberté (et donc la violation des règles afférentes) suppose des actes ou mesures qui ont pour effet certain – et non seulement éventuel – d'exercer une pression forte et présente – et non seulement virtuelle – entraînant forcément des intéressés à renoncer à en faire usage. Le laxisme inouï concernant les éléments constitutifs de la violation, en particulier de la libre prestation de services, nous paraît être un errement fondamental de la jurisprudence de la Cour. Cet errement constitue la source première du jugement de non-conformité des règles nationales du droit du travail à la directive « détachement » et donc de leur mise à l'écart systématique et même généralisée. Selon les latins « error communis non facit jus » mais ceci ne vaut que pour le commun mortel et pas pour les juges ...

Il est à signaler que la dérive conceptuelle relevée apparaît plusieurs fois dans l'arrêt commenté (points 41, 58, 81, 85).

B. Critique de l'arrêt point par point

1- Premier point : l'exigence d'un document écrit pour le contrat de travail

La Cour souligne qu'il existe en la matière la directive 91/533 qui oblige les Etats membres de l'adopter et « par conséquent tous les employeurs sont soumis aux obligations prévues par cette directive » (point 39) ; donc « le respect de l'exigence... (luxembourgeoise) est garanti par l'Etat membre dont sont originaires les travailleurs détachés » (point 40). Et la Cour de conclure que l'exigence en question était superflue et susceptible d'avoir l'effet dissuasif sus-évoqué quant à l'exercice de la liberté de prestation de services (point 41).

On est frappé par la facilité avec laquelle la Cour passe du niveau des obligations juridiques (communautaires) au niveau de la sociologie juridique appliquée pour tenir comme établi ce qui n'est qu'un postulat. Car peut-on vraiment affirmer avec absolue certitude, primo, que tous les Etats communautaires ont adopté et de manière irréprochable la directive 91/533 ; secundo, que tous les employeurs de tous les Etats membres respectent l'obligation de la dite directive ? La réponse et la conclusion sont évidentes : dans la mesure où il est objectivement impossible d'affirmer que l'obligation de la directive en question soit respectée à l'égard de tous les travailleurs détachés d'un Etat communautaire quelconque il est impératif d'inverser les termes de l'arrêt: l'exigence luxembourgeoise non seulement

n'est pas superflue mais elle est même imposée dans le respect du traité. Elle vise en effet à assurer dans tous les cas le respect de la directive 91-533, qui se justifie « par des raisons impérieuses d'intérêt général »... « s'agissant de la protection des travailleurs garantie par (celle-ci) » (v. points 43-44)³.

2- Second point : la prescription relative à l'adaptation automatique des rémunérations à l'évolution du coût de la vie

A ce sujet il importe de critiquer l'arrêt sous trois aspects :

- a) Etant donné que l'adaptation concerne toutes les rémunérations, et non seulement les salaires minimaux, la Cour croit pouvoir s'en réclamer pour corroborer l'interprétation tendancieuse de la directive 96/71 retenue dans les arrêts Laval et Rüffert, dans le but d'exclure toute possibilité de l'Etat d'établir des conditions de travail plus favorables que les taux minima. Dans les deux arrêts évoqués elle s'est prévalu de l'art. 3, par. 7, alors que dans l'arrêt commenté elle s'autorise à se fonder sur l'article 3, par.1, premier al., sous C, qui fait état de taux de salaire minimal. Et la Cour de conclure péremptoirement – et en invoquant la volonté (supposée ?, présumée ?) du législateur communautaire – que celui-ci « a entendu limiter la faculté (sic !) d'intervention des Etats membres... aux taux de salaire minimal » (point 47). En d'autres termes, le fait d'obliger les Etats à veiller à l'application des salaires minima équivaudrait à l'interdiction de prévoir une réglementation plus favorable ! Il resterait à expliquer sur quelle logique se fonde ce saut de raisonnement qui s'apparente à un sophisme.
- b) La conséquence de cette interprétation de la Cour est claire : pour être justifiée, il faut que l'adaptation automatique des salaires constitue un impératif d'ordre public (article 3, par. 10, premier tiret), notion strictement interprétée et sous contrôle des institutions communautaires (arrêt du 14 octobre 2004, Omega, (C-36/02, point 30, auquel renvoie l'arrêt commenté)⁴.

Il est évident que cette mesure luxembourgeoise visait à protéger les travailleurs contre les effets de l'inflation et à empêcher la diminution consécutive de leur pouvoir d'achat. Afin d'exclure que cette protection des travailleurs soit conforme au droit communautaire, la Cour évite de se référer, en l'occurrence, aux arrêts Arblade et Finalarte qui font raisonnablement état de « raisons impérieuses d'intérêt général »⁵ ; elle se permet d'invoquer les termes de l'arrêt « Eglise de scientologie⁶ » qui, dans un contexte tout à fait différent, a relevé que « l'ordre public ne peut être invoqué » qu'en cas de menace (sic) réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société » ! (arrêt commenté, point 50 in fine). Le caractère tendancieux de l'invocation de cet arrêt en matière de protection du pouvoir d'achat des travailleurs n'a pas besoin d'être démontré.

³ Le même raisonnement, et donc la même conclusion, vaut pour la prescription luxembourgeoise concernant la réglementation du travail à temps partiel et à durée déterminée, contrairement aux affirmations de la Cour (v. points 57-61).

⁴ Point 50 de l'arrêt commenté

⁵ Cf. point 43 de l'arrêt commenté

⁶ Arrêt du 14 mars 2000, C-54/99, point 17

- c) Comme si ceci ne suffisait pas, pour donner un coup définitif à l'adaptation automatique des rémunérations, la Cour a recours au principe de proportionnalité. Ce grand principe juridique, expression de l'idée de justice et issu d'abord du droit pénal, est depuis assez longtemps malmené du fait de son utilisation passe-partout dans maintes matières qui lui sont étrangères. En plus, en raison des concepts abstraits qu'il comprend il peut être utilisé pour tirer des conclusions dans un sens ou dans le sens opposé.

Pour rester à l'arrêt commenté, la Cour aurait dû simplement constater que les exigences de l'ordre public sont réunies puisqu'il s'agit de préserver le pouvoir d'achat des travailleurs. Au lieu de le faire, elle s'est retranchée derrière le principe de proportionnalité. Pourtant elle n'a pas elle-même examiné si ce principe est en l'occurrence respecté – comme elle l'a fait dans d'autres affaires, par exemple récemment dans l'arrêt *Michaeler & Subito*, quoique de manière défiant tout logique⁷ ; elle s'est dessaisie de cet examen et, arguant du manque de preuve apportée par le Luxembourg, elle a conclu à la violation de la directive 96/71... (point 52-55).

3- Troisième point : caractère d'ordre public a) des dispositions légales relatives aux conventions collectives de travail et b) des dispositions de ces dernières.

La Cour rejette in globo leur qualification de dispositions d'ordre public, ce qui mérite un commentaire critique.

- a) A propos du dispositif légal concernant les conventions collectives elle évoque, avec simplicité désarmante, que « rien ne justifie, per se et sans autre précision » une telle qualification (point 65). Pourtant, s'il y a un socle social commun des pays de l'UE, c'est bien le fait que les réglementations légales des conventions collectives constituent la matérialisation du droit fondamental de la négociation collective, à travers laquelle le législateur ou la coutume entendent faire fixer les conditions de travail – certainement non pas essentiellement par des règles dispositives ! – en considérant que ce procédé répond à des « raisons impérieuses d'intérêt général »
- b) S'agissant des dispositions mêmes des conventions collectives de travail, la Cour nie qu'elles puissent relever de la notion d'ordre public dans la mesure où il ne s'agit pas de conventions déclarées d'obligation générale. L'argument est aussi présent dans l'arrêt *Rüffert* avec cette différence importante que là il conduisait à la non application d'une convention collective concrète, alors qu'en l'occurrence il amène à nier de façon générale et abstraite le caractère impératif des dispositions des conventions collectives. Certes, une 'impulsion' pour cette interprétation vient de la directive elle-même, puisqu'elle exige dans un premier temps que les conventions collectives aient été 'étendues' (selon la terminologie française, plus laconique!). Par cette exigence la directive semble se remettre à l'intervention du pouvoir public pour admettre le caractère impératif d'ordre public des conventions collectives. Pourtant elle attribue subsidiairement (en l'absence

⁷ Arrêt du 24 avril 2008, *Michaeler & Subito*, C-55/2007 et C-56/2007, point 26. Cf. les conclusions de l'avocat général Colomer, monument de dérive idéologique et tendancieuse du discours juridique (points 46-47). V. notre commentaire au Congrès Panhellénique du Droit du travail et de la Sécurité Sociale, Thessalonique 2009 (à paraître en grec).

de système de déclaration d'application générale) les mêmes effets aux conventions collectives de portée générale et en particulier celles conclues par les organisations syndicales les plus représentatives au plan national et appliquées sur l'ensemble du territoire (art. 3, par. 8, alinéa 2). Par là la directive admet implicitement que même sans l'aval étatique les conventions collectives de grande ampleur conclues par les syndicats les plus importants possèdent par nature le caractère de normes impératives d'ordre public, même s'il est connu qu'elles peuvent exceptionnellement contenir des dispositions non impératives. Devant cette reconnaissance indirecte, la Cour aurait pu et dû admettre, au moins pour les conventions collectives "importantes", leur nature de normes a priori impératives d'ordre public, ce qui est un lieu commun depuis l'émergence des conventions collectives et même leur raison d'être. Pourtant la Cour a préféré s'esquiver...

4- Quatrième point : l'obligation des entreprises de rendre accessible à l'Inspection du travail et des mines, sur simple demande, avant le commencement des travaux, des indications essentielles concernant les travailleurs qui « exercent une activité au Luxembourg » ou y sont détachés (article 7 de la loi luxembourgeoise).

Pour en venir à qualifier cette obligation d'incompatible avec l'article 49 CE (56 TFUE), la Cour, appuyée par Mme l'avocat général, développe une argumentation pédante et finalement non pertinente. Elle affirme d'abord qu'il est difficile de concevoir comment l'Inspection luxembourgeoise pourrait exiger les indications évoquées avant le commencement des travaux puisqu'elle n'aurait pas connaissance de l'existence de l'entreprise sur le territoire luxembourgeois. L'argument prouve trop car c'est l'affaire de l'Inspection luxembourgeoise – et non de la Cour – de savoir comment on prendra connaissance de l'existence des entreprises en question. Et la réponse est : par n'importe quel moyen ! Encore moins qualifiée est la Cour pour demander de connaître le rôle de l'entreprise désirant détacher des travailleurs, puisque celle-ci peut a priori être d'une nature quelle conque et pour le moment (avant le commencement des travaux) indifférente, la seule chose demandée étant les indications concernant les travailleurs. La Cour évoque aussi, à la suite de Mme l'avocat général, les sanctions prévues généralement en cas de non fourniture d'informations demandées.

Et la Cour se permet de conclure, sur la base des éléments mentionnés, que l'obligation de fournir les indications essentielles demandées et les sanctions prévues pour l'inobservation ne sont pas dénuées d'ambiguïtés (sic). Sûre de ce « constat », la Cour croit pouvoir reprendre le "refrain" habituel : « ces ambiguïtés...sont susceptibles de dissuader les entreprises désirant détacher des travailleurs au Luxembourg d'exercer leur liberté de prestation de services » (point81). Commenter la pertinence de l'argumentation et de la conclusion nous paraît superflu.

Conclusions ?

A la place de conclusions j'ai voulu poursuivre et terminer l'analyse pédante des arguments pédants de l'arrêt commenté en soumettant à la critique le dernier grief évoqué. Il concerne l'obligation des entreprises de désigner un mandataire ad

hoc, résidant au Luxembourg, aux fins de la conservation des documents nécessaires aux contrôles par les autorités nationales compétentes.

Je laisserai de côté la question sociologique de savoir si le système de coopération et d'échanges administratifs d'information, prévu à l'article 4 de la directive 96/71, est toujours et partout efficace de manière à rendre superflue l'obligation luxembourgeoise mentionnée, comme l'affirme de manière axiomatique l'arrêt commenté (point 92), en reprenant l'affirmation péremptoire de l'arrêt Arblade (point 79).

En revanche je ciblerai mon dernier commentaire sur ce qui, aux yeux de la Cour est devenu une vérité allant de soi et qui, à mes yeux, est le début de la fin des droits nationaux du travail. Le simple fait de nommer une personne résidant au pays d'accueil et conservant les documents nécessaires au contrôle est considéré par la Cour comme entraînant « des charges administratives et financiers supplémentaires » (quelle sensibilité majeure et émouvante des juges communautaires pour cette formalité !) Et la Cour de tirer les conséquences néfastes de ces « charges » au motif que les entreprises soumises à cette obligation « ne se trouvent pas sur un pied d'égalité, du point de vue de la concurrence », avec celles n'ayant pas de pareille obligation et « elles peuvent être dissuadées de fournir des prestations » au Luxembourg (point 85).

Voici pourquoi ce "refrain" marque le début de la fin du droit du travail des pays communautaires : toute règle, même de portée mineure, en vigueur dans un Etat membre, qui serait plus favorable pour les travailleurs ou plus exigeante pour les entreprises que les règles existantes dans les autres Etats membres, violerait l'égalité des conditions de la concurrence et les libertés d'établissement et de prestation de services !

Gare aux législateurs nationaux si cet état de choses n'est pas remis en cause !

Remèdes ?

Il y a d'abord un remède classique: lorsque le législateur (au sens large) estime que les tribunaux appliquent mal ou déforment une disposition légale, il peut démentir la jurisprudence en question en édictant une règle contraire, conforme à sa volonté. Il reviendrait à la Commission d'entreprendre ce remède, appliqué traditionnellement dans l'ordre interne par le législateur mais valable à tout édicateur de normes par rapport à l'agent de leur application. Pourrait-on imaginer pareille initiative de la part de la Commission européenne?

Un autre remède, plus proche de la réalité envisageable mais pour le moment hypothétique, vient des Cours Constitutionnelles ou autres Cours Suprêmes nationales. Elles pourraient déclarer non applicable, dans l'ordre interne, un acte juridique (même juridictionnel) si elles estimaient qu'il porte atteinte à des principes fondamentaux ou qu'il ampute arbitrairement le pouvoir normatif de l'Etat.