

DÉTACHEMENT DES TRAVAILLEURS ET DROIT DU TRAVAIL COLLECTIF : LES DEUX TENSIONS OUBLIÉES

Marco ROCCA,

Chargé de cours invité à l'UCL,

*Assistant de recherche pour la Chaire d'excellence sur les pensions
(UCL)*

SOMMAIRE

I. LES DEUX VAGUES DE RÉGLEMENTATION DU DÉTACHEMENT DES TRAVAILLEURS DANS L'UNION EUROPÉENNE	541
A. La jurisprudence de la Cour de justice avant l'entrée en vigueur de la directive détachement	543
1. Taux de salaire minimal	544
2. Conventions collectives	545
3. Ordre public	545
B. La jurisprudence de la Cour de justice après l'entrée en vigueur de la directive détachement	545
1. Le noyau dur	546
2. Conventions collectives	549
II. DÉTACHEMENT ET DROITS FONDAMENTAUX. LA FIN DES ILLUSIONS APRÈS LA FIN DE L'INNOCENCE	551
A. De Schmidberger à Laval et sa descendance	552
1. Des droits toujours fondamentaux ?	552
2. Schmidberger et Omega : l'illusion de la prudence	554
3. La fin de l'innocence avec les décisions Viking et Laval (et Commission c. Allemagne)	556
4. La proposition « Monti II » : une non-solution manquée	559
B. Le droit de l'Union européenne, en violation des normes internationales de protection des droits sociaux ?	561
1. Les affaires BALPA et Lex Laval devant la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT	561
2. La critique de la Lex Laval, et de la jurisprudence de la Cour de justice par le Comité européen des droits sociaux	563
3. La relation avec Strasbourg (après l'avis 2/13 de la Cour de justice)	566
III. NÉGOCIATION COLLECTIVE ET « NOUVELLE GOUVERNANCE ÉCONOMIQUE »	568
A. Décentralisation de la négociation collective entre memoranda et recommandations spécifiques	568
1. Plusieurs instruments pour une stratégie cohérente et explicite	569
2. Centre et périphérie	570
B. Les impacts sur la négociation collective et les risques potentiels pour la protection des travailleurs détachés	572
1. Décentralisation et destruction	572
2. La convention collective mesure de toute chose	574
CONCLUSION	576

La présente contribution analyse deux tensions apparues dans le régime du détachement des travailleurs établi par l'Union européenne, tel qu'il est interprété par la Cour de justice. La première résulte du conflit entre la jurisprudence de la Cour, en matière de relation entre les libertés fondamentales et les droits sociaux fondamentaux, et la protection internationale des droits sociaux. L'auteur analyse les décisions des organes de contrôle de la Charte sociale européenne et des conventions de l'Organisation internationale du travail, qui ont explicitement critiqué le droit de l'Union européenne dans ce domaine. La deuxième tension oppose la promotion de la décentralisation de la négociation collective, par les institutions européenne dans le cadre de la dite « nouvelle gouvernance économique », et la « préférence » pour les systèmes centralisés, exprimée par la Cour de justice dans ses arrêts en matière de détachement des travailleurs. La présente contribution révèle à quel point ces deux tensions sont réelles et aujourd'hui oubliées par le législateur européen.

In deze bijdrage staan twee spanningsverhoudingen centraal die de rechtspositie van gedetacheerde werknemers (in het licht van de rechtspraak van het Hof van Justitie) naar Europees recht kenmerken. De eerste spanningsverhouding raakt het conflict tussen de rechtspraak van het Hof van Justitie over de relatie tussen de economische vrijheden en de sociale grondrechten enerzijds en de internationaalrechtelijke bescherming van sociale grondrechten anderzijds. In dit bestek komen de beslissingen van de controleorganen van het ESH en van de conventies van de IAO expliciet aan bod. De tweede spanningsverhouding betreft het verband tussen het bevorderen van de decentralisering van het collectief overleg door de Europese instellingen in het kader van wat men "nouvelle gouvernance économique" is gaan noemen en de voorkeur voor gecentraliseerde stelsels van collectief overleg waarvan de rechtspraak van het Hof inzake detachering blijkt geeft. Deze bijdrage toont aan in welke mate deze twee spanningsverhoudingen even reëel als veronachtzaamd zijn door de Europese wetgever.

I. LES DEUX VAGUES DE RÉGLEMENTATION DU DÉTACHEMENT DES TRAVAILLEURS DANS L'UNION EUROPÉENNE

Le régime juridique du détachement des travailleurs ⁽¹⁾ dans l'Union européenne (UE) ⁽²⁾ a fait l'objet de plusieurs analyses, sous différentes perspectives ⁽³⁾, suite notamment aux arrêts rendus par la Cour de justice en 2007 et 2008 ⁽⁴⁾. En partant du cadre juridique de ces arrêts, la présente contribution a pour objectif d'examiner les tensions qui sont apparues *après* ces arrêts et auxquelles les institutions européennes n'ont pas à ce jour proposé de solution législative. La première de ces tensions résulte du conflit entre le régime du détachement des travailleurs dans l'UE et les normes internationales qui protègent les droits, en particulier les droits sociaux, fondamentaux (II^e partie), tandis que la deuxième tension oppose ce cadre juridique avec l'évolution, de plus en plus évidente depuis le début de la Grande récession ⁽⁵⁾, vers la décentralisation de la négociation collective (III^e partie).

Avant d'examiner ces deux tensions, il sera nécessaire de se pencher brièvement sur le régime du détachement des travailleurs, créé par la législation européenne et la jurisprudence de la Cour de justice (I^{re} partie).

Le débat autour du détachement des travailleurs dans l'Union européenne a connu deux moments particulièrement intenses, suite à deux arrêts de la Cour de justice. L'arrêt *Rush Portuguesa* ⁽⁶⁾ a provoqué la première de ces vagues et l'arrêt *Laval* la seconde, chacune laissant sur le rivage ses « débris » juridiques. La première vague a donné naissance à la directive 96/71 (directive détachement) ⁽⁷⁾, tandis que la

(1) La présente contribution reprend de manière synthétique et actualisée les conclusions de la thèse de doctorat de l'auteur. Voy. M. ROCCA, *Posting of Workers and Collective Labour Law: There and Back Again. Between Internal Market and Fundamental Rights*, Anvers, Intersentia, 2015.

(2) Tout au long de cette contribution nous désignerons l'Union européenne par l'acronyme « UE », même si l'historique du droit du détachement des travailleurs devrait plutôt désigner la Communauté européenne.

(3) Voy. à titre d'exemple C.-E. CLESSE et M. MORSA, *Travailleurs détachés et mis à disposition - Droits belge, européen et international*, Bruxelles, Larcier, 2015 ; S. EVJU (s.l.d.), *Cross-Border Services, Posting of Workers and Multilevel Governance*, Oslo, Institutt for privaterett, 2013 ; Y. JORENS (s.l.d.), *Handboek Europese Detachering en Vrij Verkeer van Diensten*, Bruges, die Keure, 2009 ; J. HELLSTEN, « On the Social Dimension in Posting of Workers », *Publication of Labour Administration*, 2006, n° 301, pp. 1-134 ; M. HOUWERZIJL, *De Detacheringsrichtlijn - Over de achtergrond, inhoud en implementatie van Richtlijn 96/71/EG*, Londres, Kluwer, 2004.

(4) C.J.U.E., arrêt du 18 décembre 2007, C-341/05, *Laval un partneri, Rec.*, p. I-11767 ; C.J.U.E., arrêt du 3 avril 2008, C-346/06, *Rüffert, Rec.*, p. I-01989 ; C.J.U.E., arrêt du 19 juin 2008, *Commission c. Luxembourg, Rec.*, p. I-04323.

(5) Nous utiliserons le concept de « Grande récession » pour désigner la crise économique commencée en 2008. Voy. C. RAMPPELL, « Great Recession : A Brief Etymology », *The New York Times*, 11 mars 2009.

(6) C.J.U.E., arrêt du 27 mars 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa, Rec.*, p. I-01417.

(7) Directive 96/71/CE du Parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *J.O.*, L 18 du 21 janvier 1997, pp. 1-6.

deuxième, après l'échec de la proposition dite « Monti II »⁽⁸⁾ et l'adoption de la « directive d'application »⁽⁹⁾, pourrait continuer de produire des effets⁽¹⁰⁾ dans l'avenir.

La directive détachement représente un compromis entre l'application des salaires et conditions du pays d'origine⁽¹¹⁾ et l'application de l'ensemble de la réglementation du pays de destination⁽¹²⁾. Elle prévoit l'application des règles du pays d'origine, tout en garantissant celle d'un « noyau dur » de conditions du pays de destination. Le noyau dur couvre les conditions dont la liste figure dans l'article 3, § 1, de la directive⁽¹³⁾, et notamment les « taux de salaire minimal ». Au-delà de ce noyau dur, les articles 3, § 7, et 3, § 10, prévoient la possibilité d'appliquer, respectivement, des « conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs » et des « conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées » par le noyau dur lorsqu'il s'agit de « dispositions d'ordre public ».

La directive s'applique aux travailleurs « détachés » de façon temporaire par une entreprise, établie dans un État membre, dans un autre État membre pour effectuer une prestation de services⁽¹⁴⁾. La directive elle-même expose trois scénarios⁽¹⁵⁾ de détachement : la prestation de services « classique »⁽¹⁶⁾, le détachement intra-groupe⁽¹⁷⁾

(8) Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, COM(2012) 130, 21 mars 2012.

(9) Directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 10, J.O., L 159, pp. 11-31.

(10) Dès lors que la nouvelle Commission européenne a inclu dans son programme de travail pour 2015 « une révision ciblée de la directive sur le détachement de travailleurs ». Voy. Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, « Programme de travail de la Commission pour l'année 2015 - Un nouvel élan », Strasbourg, le 16 décembre 2014, COM(2014) 910 final.

(11) A. VAN HOEK et M. HOUWERZIJL, « Comparative Study on the Legal Aspects of the Posting of Workers in the Framework of the Provision of Services in the European Union », *Rapport pour la Commission européenne*, Bruxelles, 21 mars 2011, pp. 9 et suiv.

(12) La Cour de justice suggère cette possibilité dans *Rush Portuguesa*, point 18 : « Le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les États membres étendent leur législation, ou les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux, à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur leur territoire, quel que soit le pays d'établissement de l'employeur. »

(13) a) Les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos ; b) la durée minimale des congés annuels payés ; c) les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires ; le présent point ne s'applique pas aux régimes complémentaires de retraite professionnels ; d) les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire ; e) la sécurité, la santé et l'hygiène au travail ; f) les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes ; g) l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination.

(14) Art. 1, § 1.

(15) Art. 1, § 3.

(16) « Détacher un travailleur, pour leur compte et sous leur direction, sur le territoire d'un État membre, dans le cadre d'un contrat conclu entre l'entreprise d'envoi et le destinataire de la prestation de services opérant dans cet État membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement ».

(17) « Détacher un travailleur sur le territoire d'un État membre, dans un établissement ou dans une entreprise appartenant au groupe, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement ».

et la fourniture de main d'œuvre transnationale (éventuellement par une agence de travail intérimaire)⁽¹⁸⁾.

Afin de garantir leur application aux travailleurs détachés, les conditions de travail couvertes par le noyau dur et par les articles 3, § 7, et 3, § 10, doivent être établies « par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives » ou « par des conventions collectives [...] déclarées d'application générale »⁽¹⁹⁾. La directive précise aussi les conventions collectives (CCT) qui peuvent être considérées comme « d'application générale ». L'article 3, § 8 inclut dans cette définition a) les CCT « qui doivent être respectées par toutes les entreprises appartenant au secteur ou à la profession concernés » ; b) les CCT « qui ont un effet général sur toutes les entreprises similaires appartenant au secteur ou à la profession concernés » ; c) les CCT « qui sont conclues par les organisations des partenaires sociaux les plus représentatives au plan national et qui sont appliquées sur l'ensemble du territoire national ». Comme on aura l'occasion de le montrer, le choix par la directive des conventions collectives applicables aux travailleurs détachés est au cœur de la deuxième tension explorée par la présente contribution.

A. La jurisprudence de la Cour de justice avant l'entrée en vigueur de la directive détachement

Comme indiqué précédemment, les arrêts de la Cour de justice ont joué un rôle central dans la formation du cadre juridique du détachement des travailleurs. On ne sera donc pas surpris que les arrêts rendus par la Cour avant et pendant la négociation⁽²⁰⁾ de la directive détachement ont nettement influencé sa formation⁽²¹⁾. Aux décisions rendues avant l'adoption de la directive (le 16 décembre 1996), il faut ajouter celles rendues pendant la période prévue pour sa transposition par les États membres (jusqu'au 16 décembre 1999). Ces dernières décisions se situent en effet dans la continuité des précédentes, la Cour ayant refusé de se laisser inspirer par la directive jusqu'à l'échéance du délai de transposition.

Dans cette jurisprudence, la Cour de justice a toujours analysé le détachement de travailleurs dans le cadre de la libre prestation de services, même *avant* l'apparition des termes « détachement des travailleurs » dans la législation européenne⁽²²⁾. Les fondements conceptuels de l'exclusion des travailleurs détachés du champ de la libre circulation des travailleurs furent mis en place dans l'arrêt *Rush Portuguesa*, lorsque la Cour bâtit son raisonnement sur le fait que « de tels travailleurs retournent dans leur pays d'origine après l'accomplissement de leur mission, sans accéder à aucun moment au marché de l'emploi de l'État membre d'accueil »⁽²³⁾. Lorsque, dans l'arrêt *Finalarte*,

(18) « Détacher, en tant qu'entreprise de travail intérimaire ou en tant qu'entreprise qui met un travailleur à disposition, un travailleur à une entreprise utilisatrice établie ou exerçant son activité sur le territoire d'un État membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise de travail intérimaire ou l'entreprise qui met un travailleur à disposition et le travailleur pendant la période de détachement ».

(19) Art. 3, § 1.

(20) Cette négociation s'est prolongée de 1991 à 1996.

(21) A. STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2004, p. 26.

(22) C.J.U.E., arrêt du 3 février 1982, C-62/81 et C-63/81, *Société anonyme de droit français Seco*, Rec., 00223 et arrêt du 17 décembre 1981, *Procédure pénale contre Alfred John Webb*, Rec., 03305.

(23) Arrêt *Rush Portuguesa*, préc., point 15. Voy. aussi arrêt *Vander Elst*, préc., point 21.

la Cour a été saisie d'une question concernant des travailleurs détachés, posée à la lumière de la libre circulation des travailleurs, elle s'est contentée de faire référence à sa jurisprudence antérieure pour nier l'applicabilité de cette liberté ⁽²⁴⁾. Ainsi, le choix effectué par le législateur, notamment (mais en premier lieu sans doute) pour des raisons politiques contingentes ⁽²⁵⁾, de baser la directive détachement sur la libre prestation de services, est parfaitement cohérente avec la jurisprudence antérieure de la Cour de justice ⁽²⁶⁾.

Au-delà de ce constat fondamental, l'on peut identifier, dans cette jurisprudence, trois éléments particulièrement intéressants pour les deux tensions qui font l'objet de la présente contribution.

1. Taux de salaire minimal

Pour l'application des taux de salaire minimal aux travailleurs détachés, la Cour s'est montrée fidèle au « droit d'extension » ⁽²⁷⁾ formulé pour la première fois dans son arrêt *Seco* ⁽²⁸⁾. Ainsi, la formulation plus large utilisée dans *Rush Portuguesa* ⁽²⁹⁾, qui évoque la possibilité pour les États membres d'appliquer « leur législation, ou les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux, à toute personne effectuant un travail salarié même de caractère temporaire, sur leur territoire » apparaît plutôt exceptionnelle, dès lors que dans l'arrêt *Seco* précité et dans l'arrêt *Vander Elst* ⁽³⁰⁾, qui suivra l'arrêt *Rush Portuguesa*, la Cour se réfère exclusivement à la possibilité d'appliquer lesdites législations et conventions collectives lorsqu'elle sont « relatives aux salaires minimaux ». L'application des taux de salaire minimal a donc été soustraite du contrôle classique : « restriction/justification/proportionnalité » ⁽³¹⁾ que la Cour a appliqué à l'extension d'autres mesures ⁽³²⁾ aux travailleurs détachés. La seule exception figure dans l'arrêt *Mazzoleni* ⁽³³⁾. Toutefois, la situation en cause dans cette affaire, où les travailleurs n'étaient « détachés » que pour une partie de leur temps de travail, peut expliquer cette différence d'approche ⁽³⁴⁾.

(24) Arrêt *Rush Portuguesa*, préc., points 22-23.

(25) Comme on le sait, ce choix a permis l'adoption de la directive avec une majorité qualifiée, en écartant ainsi le veto du Royaume-Uni. Voy. M. BIAGI, « The 'Posted Workers' EU Directive: from Social Dumping to Social Protectionism », in R. BLANPAIN (s.l.d.), *Labour Law and Industrial Relations in the European Union*, pp. 173-180, La Haye, Kluwer Law International, 1998.

(26) On désignera la Cour de justice par l'acronyme « C.J.U.E. » même si l'institution a changé plusieurs fois de dénomination au cours de l'intégration européenne.

(27) J. HELLSTEN, « On the Social Dimension in Posting of Workers », *op. cit.*, p. 10.

(28) *Seco*, préc., point 14.

(29) *Rush Portuguesa*, préc., point 18. Voy. P. RODIERE, « Note sur arrêt du 27 mars 1990 société Rush Portuguesa Ida c. Office national de l'immigration », *Revue trimestrielle de Droit européen*, vol. 26, n° 3, 1990, pp. 635-640.

(30) C.J.U.E., arrêt du 9 août 1994, C-43/93, *Raymond Vander Elst, Rec.*, I-3803, point 23.

(31) C. BARNARD et S. PEERS (s.l.d.), *European Union Law*, Oxford, Oxford University Press, 2014, pp. 423-424.

(32) E. SJÖDIN, « The Restricting Labour Market - A Developmental Study of the Case Law on the Interface Between Free Movement and Posting of Workers », in S. EVJU (s.l.d.), *Cross-Border Services, Posting of Workers and Multilevel Governance*, *op. cit.*, pp. 36 et suiv.

(33) C.J.U.E., arrêt du 15 mars 2001, C-165/98, *André Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance SARL, Rec.*, I-02189.

(34) *Ibid.*, point 30.

2. Conventions collectives

Avant l'entrée en vigueur de la directive détachement, la Cour de justice n'a été confrontée directement à la question des conventions collective qu'à une seule occasion. Dans *Portugaia Construções* ⁽³⁵⁾, la Cour devait se prononcer sur la compatibilité avec la libre prestation de services d'un système de négociation collective prévoyant la possibilité de déroger au salaire minimal par une CCT d'entreprise, cette possibilité étant toutefois interdite à un employeur établi dans un autre État membre. Dans un tel système, a conclu la Cour, l'imposition dudit salaire minimal à l'employeur qui détache des travailleurs constitue une restriction injustifiée à la libre prestation de services ⁽³⁶⁾.

3. Ordre public

Enfin, dans *Arblade* ⁽³⁷⁾ la Cour de justice a eu l'occasion de se pencher sur une entrave à la libre prestation de services causée par une règle nationale qualifiée de « loi de police » par l'État membre de destination. Cette question était de toute évidence très intéressante pour comprendre la portée effective de l'article 3, § 10, de la directive détachement, non encore applicable en l'espèce. Sans revenir sur les détails de l'arrêt, la décision rendue dans l'affaire *Arblade* montre que la qualification d'une règle n'a pas d'impact sur l'évaluation de celle-ci par la Cour de justice dans le contexte des entraves à une liberté fondamentale du marché intérieur ⁽³⁸⁾. Ainsi, cet arrêt paraît déjà aller à l'encontre des interprétations extensives de l'article 3, § 10, de la directive détachement ⁽³⁹⁾. On aura l'occasion de revenir à cette question dans l'analyse de la jurisprudence relative à cet article.

B. La jurisprudence de la Cour de justice après l'entrée en vigueur de la directive détachement

La Cour de justice a éclairci plusieurs points obscurs, qui résultaient du compromis politique concrétisé dans la directive détachement. Avant d'examiner ces décisions, il nous faut revenir brièvement sur une communication de la Commission de 2003, concernant la mise en œuvre de la directive 96/71 ⁽⁴⁰⁾ dans les États membres. Cette communication, tout en se basant sur la jurisprudence de la Cour exposée ci-dessus, a en effet anticipé plusieurs des positions adoptées plus tard dans les arrêts de la C.J.U.E.

(35) C.J.U.E., arrêt du 24 janvier 2002, C-164/99, *Portugaia Construções Lda*, Rec., I-00787.

(36) *Ibid.*, préc., point 35.

(37) C.J.U.E., arrêt du 23 novembre 1999, C-369/96 et C-376/96, *Procédures pénales contre Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL*, Rec., I-08453.

(38) M. FALLON, « Note sous C.J.C.E. 23 Novembre 1999, *Arblade* », *Revue critique de Droit international privé*, vol. 89, n° 4, 2000, p. 731 ; S. FRANCO, « Note sous C.J.C.E. 23 novembre 1999, *Arblade* », *Rev. dr. étr.*, n° 106, 1999, p. 790 ; P. RODIERE, « Droit social. Coordination des droits nationaux, loi applicable, compétence juridictionnelle », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 39, n° 3, 2003, p. 545.

(39) M. BIAGI, « The 'Posted Workers' EU Directive: from Social Dumping to Social Protectionism », *op. cit.*, p. 176.

(40) Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions concernant la mise en œuvre de la directive 96/71/CE dans les États membres, Bruxelles, 25 juillet 2003, COM(2003) 458 final.

Dans cette communication, la Commission a donné pour objectif exclusif à la directive détachement de supprimer les « obstacles et incertitudes susceptibles d'entraver la mise en œuvre de la libre prestation de services »⁽⁴¹⁾. Pour l'application des conventions collectives, la communication affirme que l'extension des CCT⁽⁴²⁾ aux travailleurs détachés n'est possible que par un choix exprimé par l'État membre concerné, au moment de la transposition de la directive⁽⁴³⁾. À défaut d'un tel choix explicite, « les États membres ne peuvent pas imposer le respect des conventions collectives visées au deuxième alinéa du paragraphe 8 de l'article 3 aux entreprises établies dans un autre État membre, qui détachent des travailleurs sur leur territoire ». À la date de la communication, aucun des États membres n'avait prévu un tel choix lors de la transposition de la directive⁽⁴⁴⁾.

Enfin, la Commission s'est référée à l'arrêt *Arblade* pour clarifier l'article 3, § 10, de la directive, et en restreindre préventivement la portée. Tout en reconnaissant « une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales » dans la définition des dispositions d'ordre public, la communication affirme que cette disposition doit être interprétée « en gardant présent à l'esprit l'objectif de faciliter la libre circulation des services »⁽⁴⁵⁾ et, de manière moins surprenante, en respectant les règles des Traités.

La communication semble en revanche suggérer une interprétation de la directive différente de celle qui marquera la jurisprudence de la Cour de justice, sur au moins un élément : elle indique à plusieurs reprises que la directive prévoit des règles de protection « minimales »⁽⁴⁶⁾, alors que la Cour de justice adoptera une approche tout à fait contraire sur ce point.

L'aspect le plus surprenant des décisions rendues par la Cour de justice entre 2007 et 2008, dans les affaires *Laval*, *Rüffert* et *Commission c. Luxembourg*, en particulier lorsqu'on rapproche ces arrêts des interprétions de la directive détachement qui l'avaient envisagée essentiellement comme un instrument destiné à protéger la faculté des États de destination d'appliquer leur propre réglementation aux travailleurs détachés⁽⁴⁷⁾, concerne en effet l'interprétation des articles 3, § 1, 3, § 7, 3, § 8, et 3, § 10, de la directive.

1. Le noyau dur

Dans l'interprétation de la Cour, la liste de l'article 3, § 1, fixe le niveau maximal de protection que les États membres peuvent appliquer aux travailleurs détachés⁽⁴⁸⁾. Dans

(41) *Ibid.*, p. 3.

(42) Visées à l'alinéa 2 de l'article 3§8 de la directive détachement, préc.

(43) Communication de la Commission concernant la mise en œuvre de la directive 96/71/CE, préc., p. 12.

(44) *Ibid.*, p. 13.

(45) *Ibid.*, p. 13.

(46) *Ibid.*, pp. 5, 6, 13.

(47) P. DAVIES, « Posted Workers : Single Market or Protection of National Labour Law Systems ? », *Common Market Law Review*, vol. 34, 1997, pp. 575-576; M. BIAGI, « The 'Posted Workers' EU Directive: from Social Dumping to Social Protectionism », *op. cit.* ; *contra*, C. BARNARD, *EC Employment Law*, Oxford, Oxford University Press, 2000, p. 179.

(48) *Laval*, préc., points 79-81; *Rüffert*, préc., points 32-34. Voy. C. KILPATRICK, « The ECJ and Labour Law : A 2008 Retrospective », *Industrial Law Journal*, vol. 38, n° 2, 2009, p. 196 ; SJÖDIN, « Labour Market

cette perspective, toute mesure allant au-delà du niveau prévu par cette liste est appréhendée par la Cour comme une entrave à la libre prestation de services⁽⁴⁹⁾. La directive détachement est donc à la fois interprétée à l'aune de la libre prestation de services et utilisée pour identifier les entraves à cette liberté. Dans le même sens, la Cour restreint également la possibilité d'étendre aux travailleurs détachés des mesures, visées par l'article 3, § 10, qualifiées de lois de police ou d'ordre public. La Cour, en conformité avec l'approche développée dans l'arrêt *Arblade*, a adopté une interprétation stricte de la possibilité prévue par cet article⁽⁵⁰⁾. Les mesures d'ordre public, qui imposent au prestataire de services des obligations portant sur des matières non reprises dans la liste de l'article 3, § 1, sont donc *prima facie* considérées comme des entraves à la libre prestation de services et évaluées sur la base du test classique de « restriction/justification/proportionnalité »⁽⁵¹⁾. Cette approche semble en effet soumettre l'application des dispositions d'ordre public à un critère plus strict que celui appliqué par la Cour aux entraves relevant de dispositions ordinaires. Ainsi, pour justifier une entrave causée par une disposition qualifiée d'ordre public, l'État membre doit prouver que cette disposition est nécessaire pour protéger « un intérêt fondamental de la société »⁽⁵²⁾, tandis que la justification d'une entrave ordinaire peut se fonder sur une « raison impérieuse d'intérêt général »⁽⁵³⁾. En outre, la Cour a, dans l'affaire *Laval*, limité la possibilité d'invoquer l'article 3, § 10, aux « entités de droit public »⁽⁵⁴⁾, ce qui a donc pour effet d'exclure les acteurs sociaux (*in casu*, les syndicats) de cette possibilité⁽⁵⁵⁾.

L'interprétation de l'article 3, § 7, est encore plus surprenante, compte tenu du texte de la directive⁽⁵⁶⁾. Cet article prévoit en effet que la directive ne fait pas « obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs ». Les avocats généraux Bot et Mengozzi ont en déduit, dans leurs conclusions présentées respectivement dans les affaires *Rüffert*⁽⁵⁷⁾ et *Laval*⁽⁵⁸⁾, qu'il permet d'appliquer lesdites conditions plus favorables dans l'État de destination en respectant la liberté

Regulation as Restrictions - A Developmental Study of ECJ Case Law at the Interface Between Free Movement and Posting of Workers », *op. cit.*, p. 49.

(49) J. MALMBERG et T. SIGEMAN, « Industrial Action and EU Economic Freedoms : The Autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by the European Court of Justice », *Common Market Law Review*, vol. 45, 2008, p. 1115.

(50) *Commission c. Luxembourg*, préc., points 28-31.

(51) C. BARNARD et S. PEERS (s.l.d.), *European Union Law*, *op. cit.*, p. 423-424 ; C. BARNARD, « Social Dumping or Dumping Socialism ? », *The Cambridge Law Journal*, vol. 67, n° 2, 2008, p. 264.

(52) *Commission c. Luxembourg*, préc., point 50.

(53) *Laval*, précit, point. 103.

(54) *Ibid.*, point 84. Voy. L. AZOULAI, « The Court of Justice and the Social Market Economy : the Emergence of an Ideal and the Conditions for Its Realization », *Common Market Law Review*, 2008, p. 1351 ; A. DAVIES, « One Step Forward, Two Steps Back ? The Viking and Laval Cases in the ECJ », *Industrial Law Journal*, vol. 37, n° 2, 2008, p. 130 ; F. DORSSEMONT, « The Right to Take Collective Action Versus Fundamental Economic Freedoms in the Aftermath of Laval and Viking. Foes Are Forever », in M. DE VOS (s.l.d.), *European Union Internal Market and Labour Law: Friends or Foes ?*, Anvers, Intersentia, 2009, p. 74.

(55) *Laval*, précit., point 84.

(56) Voy. T. VAN PEIJPE, « Collective Labour Law After Viking, Laval, Rüffert, and Commission v. Luxembourg », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 25, n° 2, 2009, pp. 99-100 : « There is no ground for such interpretation [celle à propos de l'article 3, § 7] to be found in the text of the preamble. »

(57) Conclusions de l'Av. gén. Bot sous *Rüffert*, points 81-83. L'avocat général se réfère aussi aux Considérants 13 et 17 de la directive détachement pour renforcer cette interprétation.

(58) Conclusions de l'Av. gén. Mengozzi sous *Laval*, points 197-199.

de prestation de services. Cette interprétation était cohérente avec la jurisprudence précédant l'entrée en vigueur de la directive 96/71. Les avocats généraux appliquaient le « test *Arblade* »⁽⁵⁹⁾ et concluaient que les mesures en cause dans les deux affaires étaient justifiées par l'objectif de protection des travailleurs, dès lors qu'ils assuraient un niveau de protection comparativement supérieur⁽⁶⁰⁾.

Dans les deux arrêts, la Cour a cependant décidé en sens contraire qu'aucun test n'était nécessaire, dès lors que la directive détachement est en soi nécessaire et suffisante pour garantir la protection des travailleurs⁽⁶¹⁾ et la lutte contre le *dumping social*⁽⁶²⁾. Enfin, selon la Cour, l'article 3, § 7, ne couvre que les conditions garanties par la législation et les conventions collectives du pays d'origine⁽⁶³⁾. C'est à propos de cette mutation radicale de la directive 96/71 que R. Eklund a donné l'image d'un plancher devenu plafond⁽⁶⁴⁾.

Plus récemment⁽⁶⁵⁾, la Cour s'est penchée sur la notion de « salaire minimal » au sens de l'article 3, § 1⁽⁶⁶⁾. Sur ce point, la Cour s'est montrée plus respectueuse de l'application des réglementations et des pratiques du pays d'accueil aux travailleurs détachés. Elle a considéré que le concept de « salaire minimal » doit être interprété comme incluant les indemnités journalières pour les travailleurs détachés⁽⁶⁷⁾, les indemnités de trajet⁽⁶⁸⁾ et le pécule de vacances⁽⁶⁹⁾. À cette occasion, la Cour a également précisé que la classification des travailleurs pour l'application des taux de salaire minimal, suivant, par exemple, la qualification, la formation et l'expérience, fait partie de la notion de « salaire minimal »⁽⁷⁰⁾, pour autant qu'elle soit opposable à l'employeur (voy. ci-après). Cette précision semble particulièrement utile, dès lors que la Cour paraissait, dans les affaires *Rüffert*⁽⁷¹⁾ et *Commission c. Luxembourg*⁽⁷²⁾, accepter exclusivement l'appli-

(59) *Arblade*, préc., point 33 ; J. HELLSTEN, « On the Social Dimension in Posting of Workers », *op. cit.*, p. 13.

(60) Conclusions sous *Laval*, points 272-273 ; conclusions sous *Rüffert*, point 124.

(61) *Laval*, point 110. Voy. F. DORSSEMONT, « The Right to Take Collective Action *Versus* Fundamental Economic Freedoms in the Aftermath of *Laval* and *Viking*. Foes Are Forever », *op. cit.*, p. 96.

(62) *Laval*, points 75-76. Voy. J. MALMBERG et T. SIGEMAN, « Industrial Action and EU Economic Freedoms: The Autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by the European Court of Justice », *op. cit.*, pp. 1136-1137.

(63) *Laval*, point 81 ; *Rüffert*, point 34.

(64) R. EKLUND, « A Swedish Perspective on *Laval* », *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 29, n° 4, 2008, p. 566 ; A. ASTERITI, « Social Dialogue, *Laval*-Style », *European Journal of Legal Studies*, vol. 5, n° 2, 2012, p. 71.

(65) *Sähköalojen*, préc.

(66) « Aux fins de la présente directive, la notion de taux de salaire minimal visée au second tiret point c) est définie par la législation et/ou la pratique nationale(s) de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché. »

(67) *Sähköalojen*, préc., point. 52 : « Dans des conditions identiques à celles auxquelles est soumise l'inclusion de cette indemnité dans le salaire minimal versé aux travailleurs locaux à l'occasion d'un détachement de ceux-ci à l'intérieur de l'État membre concerné. »

(68) *Ibid.*, point 57.

(69) *Ibid.*, point 69.

(70) *Ibid.*, points 43-45.

(71) *Rüffert*, préc., point 40.

(72) *Commission c. Luxembourg*, préc., point 47.

cation aux travailleurs détachés du taux salarial juridiquement contraignant le plus bas⁽⁷³⁾.

2. Conventions collectives

La Cour de justice a aussi, au fil de ses arrêts, précisé les conditions d'application aux travailleurs détachés des conventions collectives du pays de destination. En premier lieu, elle a confirmé l'approche de la communication de 2003, en affirmant, dans *Laval*, que l'État membre qui décide de recourir à l'article 3, § 8⁽⁷⁴⁾, de la directive doit le faire de façon explicite⁽⁷⁵⁾ lors de la transposition de la directive, ce qui exclut toute possibilité pour les acteurs sociaux d'y procéder de manière autonome. En deuxième lieu, la Cour a décidé, dans *Rüffert*⁽⁷⁶⁾, qu'un État membre ne peut pas se prévaloir des options prévues par l'article 3, § 8, concernant l'extension des CCT ayant une application généralisée *de facto*, si son système juridique permet cette extension *de jure*. La Cour s'est montrée très formaliste sur ce point, ce qui pourrait se révéler particulièrement problématique pour les États membres au sein desquels la pratique des relations collectives s'écarte du droit en vigueur⁽⁷⁷⁾.

Le troisième élément que l'on peut retenir de la jurisprudence de la C.J.U.E. postérieure à la directive concerne la typologie des conventions collectives applicables aux prestataires de services qui ont recours au détachement des travailleurs. Bien que la Cour ait affirmé, dans l'affaire *Laval*, que les États membres « restent libres de choisir, au niveau national, un système qui ne figure pas expressément parmi ceux prévus par ladite directive, pourvu qu'il n'entrave pas la prestation des services entre les États membres »⁽⁷⁸⁾, elle a, à cette occasion, indiqué assez clairement qu'un système basé sur la négociation au niveau des entreprises est incompatible avec la directive détachement et la libre prestation de services⁽⁷⁹⁾. Ceci en raison, à la fois, de l'impossibilité pour le prestataire de services de connaître à l'avance⁽⁸⁰⁾ les conditions applicables aux détachés et de la difficulté d'assurer l'égalité de traitement⁽⁸¹⁾. Face à cette difficulté inhérente à la négociation collective décentralisée, on pourrait s'interroger, une

(73) Voy. en ce sens l'interprétation de l'affaire *Rüffert* par S. ROBIN-OLIVIER, « Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale : le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail », *Rev. trim. dr. eur.*, vol. 44, n° 3, 2008, p. 489.

(74) Garantissant la possibilité d'appliquer aux travailleurs détachés les CCT *de facto* d'application générale.

(75) *Laval*, préc., point 66.

(76) *Rüffert*, préc., point 27.

(77) Comme, par exemple, l'Italie, caractérisée par une disposition constitutionnelle permettant l'extension *erga omnes* des conventions collectives, qui n'a jamais été inscrite dans une loi ni utilisée dans la pratique. Voy. G. PERA, *Problemi Costituzionali del Diritto Sindacale Italiano*, Milan, Feltrinelli, 1960, pp. 19-141; U. ROMAGNOLI et T. TREU, *I Sindacati in Italia dal '45 a Oggi: Storia di una Strategia*, Bologne, Il Mulino, 1977, pp. 18-43.

(78) *Laval*, préc., point 68.

(79) *Ibid.*, points 69-70 et 100.

(80) Cette condition de transparence a été récemment réitérée dans l'affaire *Sähköalojen ammattiliitto ry*, préc. : « Pour être opposables à l'employeur détachant ses travailleurs dans cet État membre, ces règles doivent être contraignantes et répondre aux conditions de transparence, ce qui implique, notamment, qu'elles soient accessibles et claires. »

(81) *Ibid.*, point 66. Voy. A. DAVIES, « One Step Forward, Two Steps Back ? The Viking and Laval Cases in the ECJ », *op. cit.*, p. 129; J. MALMBERG et T. SIGEMAN, « Industrial Action and EU Economic Freedoms :

fois encore, sur l'impact du principe développé dans *Portugaia Construções*. Ainsi, si elle lisait cet arrêt à la lumière de *Laval*, la Cour pourrait considérer qu'une convention collective sectorielle ou intersectorielle (par hypothèse, d'application générale) prévoyant la possibilité d'y déroger par une CCT d'entreprise ne saurait être appliquée aux travailleurs détachés. Cette conclusion pourrait découler de la négation à la fois du caractère général d'une telle CCT et du caractère « minimal » de ses dispositions (notamment, celles concernant les taux de salaire minimal). Enfin, la Cour pourrait aussi conclure à la possibilité d'une extension de la faculté de déroger aux CCT conclues par le prestataire de services dans l'état d'origine. L'arrêt *Laval* pourrait constituer un argument en ce sens, dès lors que dans cet arrêt la législation suédoise a été considérée comme discriminatoire dans la mesure où elle « ne tient pas compte, quel qu'en soit le contenu, des conventions collectives auxquelles les entreprises qui détachent des travailleurs en Suède sont déjà liées dans l'État membre dans lequel elles sont établies » en appliquant à ces entreprises « le même traitement que celui réservé aux entreprises nationales qui n'ont pas conclu de convention collective »⁽⁸²⁾.

Le quatrième élément à souligner est au cœur de l'arrêt *Rüffert*. Selon cet arrêt, une « clause sociale »⁽⁸³⁾ figurant dans un cahier des charges relatif à un marché public de services ne pourrait imposer un taux de salaire minimal à un prestataire de services « transnational » si ce taux n'est pas également d'application générale dans le secteur privé⁽⁸⁴⁾. La Cour a répété ce principe dans un arrêt plus récent⁽⁸⁵⁾, étranger à la directive détachement, ce qui implique que, dans le raisonnement de la Cour, il découle directement de la libre prestation de services. Confronté à une disposition qui assure la parfaite prévisibilité et l'égalité de traitement des prestataires de services, la Cour a refusé de considérer qu'elle était justifiée par l'objectif de protection des travailleurs dès lors que, « pour autant qu'elle s'applique aux seuls marchés publics, une telle mesure nationale n'est pas apte à atteindre ledit objectif s'il n'existe pas d'indices laissant penser que des travailleurs actifs sur le marché privé n'ont pas besoin de la même protection salariale que ceux actifs dans le cadre de marchés publics »⁽⁸⁶⁾.

L'identification des conventions collectives applicables aux travailleurs détachés est aussi primordiale d'un autre point de vue. Dans le raisonnement de la Cour de justice, le contenu des conventions collectives devient en effet la mesure de toute chose, notamment de l'exercice de l'action collective dont l'objectif est la signature ou l'extension de la CCT en cause. Cette approche est au cœur de la décision dans l'affaire *Laval*. Cet arrêt n'analyse jamais l'exercice du droit à l'action collective de la part des syndicats suédois. Ce sont en revanche le contenu de la CCT et sa compatibilité avec la directive 96/71 et la libre prestation de services qui occupent la partie plus importante

The Autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by the European Court of Justice », *op. cit.*, p. 1141.

(82) *Laval*, préc., point 116.

(83) Concernant notamment l'obligation d'appliquer un salaire minimal.

(84) *Rüffert*, préc., points 28-29. Voy. N. BRUUN, N. A. JACOBS et M. SCHMIDT, « ILO Convention N° 94 in the Aftermath of the Ruffert Case », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 28, n° 3, 2012, p. 478.

(85) C.J.U.E., arrêt du 18 septembre 2014, C-549/13, *Bundesdruckerei GmbH*, non encore publiée au *Recueil*, point 32.

(86) *Ibid.*

du raisonnement de la Cour de justice ⁽⁸⁷⁾. Puisqu'elle appréhende l'action collective sous l'angle de son effet restrictif sur la libre prestation de services ⁽⁸⁸⁾ et qu'elle considère que les objectifs de protection des travailleurs (et de lutte contre le *dumping* social) sont déjà garantis par l'application de la directive détachement, elle en déduit que toute action collective visant la conclusion ou l'extension d'une CCT incompatible avec la directive serait considérée comme disproportionnée.

II. DÉTACHEMENT ET DROITS FONDAMENTAUX. LA FIN DES ILLUSIONS APRÈS LA FIN DE L'INNOCENCE

Le détachement de travailleurs, qui reste quantitativement modeste ⁽⁸⁹⁾, est devenu l'improbable champ de bataille entre plusieurs visions fondamentales de l'intégration européenne. En particulier, il a révélé le caractère problématique de la relation entre libertés fondamentales du marché intérieur de l'Union européenne et les droits (sociaux) fondamentaux. Il s'agit bien évidemment d'un sujet qui a fait l'objet d'innombrables débats et analyses ⁽⁹⁰⁾, particulièrement après les arrêts *Viking* et *Laval*, et qui serait impossible à résumer ici. Cependant, comme on le montrera dans la présente partie, cette tension se trouve à l'arrière-plan de la rencontre entre le détachement de travailleurs et le droit collectif du travail et imprime nécessairement sa marque sur cette rencontre.

Dans une première partie A), nous présenterons comment cette rencontre s'est construite dans le temps, par une succession d'étapes fondamentales. Dans une seconde partie B), cette rencontre sera replacée dans un contexte plus large. Il s'agira de l'envisager à la lumière des règles développées dans d'autres systèmes juridiques spécialisés dans la protection des droits (sociaux) fondamentaux, celui de l'Organisation internationale du travail (OIT) et celui du Conseil de l'Europe ⁽⁹¹⁾.

(87) C. BARNARD, « Social Dumping or Dumping Socialism ? », *op. cit.*, p. 482 ; T. NOVITZ, « A Human Rights Analysis of the Viking and Laval Judgments », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2008, p. 554.

(88) Cette approche caractérise aussi l'arrêt jumeau de l'arrêt *Laval* : C.J.U.E., arrêt du 11 décembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP*, Rec. I-10779. Elle a été aussi récemment confirmée par C.J.U.E., arrêt du 8 juillet 2014, C-83/13, *Fonship*, non encore publié au *Recueil*, point 41.

(89) Voy. IDEA Consult and ECORYS Netherlands, « Study on the Economic and Social Effects Associated with the Phenomenon of Posting of Workers in the EU », Rapport pour la Commission européenne, Bruxelles, 2011.

(90) C. BARNARD, « The Protection of Fundamental Social Rights in Europe After Lisbon : a Question of Conflicts of Interests », in S. DE VRIES, U. BERNITZ et S. WEATHERILL, *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, Oxford, Hart Publishing, 2013 ; F. DORSSEMONT, « The Right to Take Collective Action Versus Fundamental Economic Freedoms in the Aftermath of Laval and Viking. Foes Are Forever », *op. cit.* ; S. DE VRIES, « The Protection of Fundamental Rights Within Europe's Internal Market After Lisbon - An Endeavour for More Harmony », *Europa Institute Working Paper*, n° 4, 2010 ; J. MORIJN, « Balancing Fundamental Rights and Common Market Freedoms in Union Law : Schmidberger and Omega in the Light of the European Constitution », *European Law Journal*, vol. 12, n° 1, 2006 ; M. AVBELJ, « European Court of Justice and the Question of Value Choices », *Jean Monnet Working Paper*, n° 4, 2006 ; A. ALEMANNI, « À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur », *R.D.U.E.*, vol. 4, 2004.

(91) On analysera la situation à la fois du point de vue de la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales et de la Charte sociale européenne (CSE).

A. De Schmidberger à Laval et sa descendance

Comme indiqué précédemment, la rencontre entre le détachement et le droit collectif du travail s'opère nécessairement sur fond de la tension, caractéristique de l'intégration européenne, entre les libertés fondamentales du marché intérieur et les droits (sociaux) fondamentaux. Ce constat ne surprend guère si l'on observe, tout d'abord, la situation du point de vue des libertés fondamentales et notamment de la libre prestation de services. En effet, la directive elle-même situe le détachement des travailleurs dans le contexte d'une prestation (transnationale) de services, dès son article 1^{er} ⁽⁹²⁾. Cette conclusion est aussi renforcée par la tendance de la Cour de justice à étendre la portée de cette liberté (et par là-même son contrôle) même dans des situations où l'élément de transnationalité est difficile à repérer ⁽⁹³⁾.

Ensuite, il s'agit de se demander si les droits collectifs du travail sont, selon l'approche de la Cour de justice, des droits fondamentaux. Comme on le montrera dans la prochaine section (1), la réponse est plutôt affirmative. Ensuite, nous parcourons l'évolution de la relation entre les droits fondamentaux et les libertés fondamentales dans la jurisprudence de la Cour de justice (2), pour en arriver aux évolutions plus récentes, qui se sont produites dans le champ du droit collectif du travail (3). Enfin, une tentative d'intervention législative au niveau de l'UE dans cette matière sera brièvement présentée (4).

1. Des droits toujours fondamentaux ?

Pour déterminer la nature fondamentale des droits collectifs en question, l'on suivra une approche positiviste ⁽⁹⁴⁾. Dans cette approche, un droit est qualifié de « fondamental » dans la mesure où des traités internationaux ou de l'UE, ou les organes de supervision de ces traités, le reconnaissent ⁽⁹⁵⁾. Cette méthode est cohérente avec le raisonnement de la Cour de justice, qui « s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré » ⁽⁹⁶⁾. En suivant cette approche, dans les arrêts *Viking* et *Laval*, la Cour a reconnu ⁽⁹⁷⁾ la nature fondamentale du droit de grève sur la

(92) « La présente directive s'applique aux entreprises établies dans un État membre qui, dans le cadre d'une prestation de services transnationale, détachent des travailleurs, conformément au paragraphe 3, sur le territoire d'un État membre. »

(93) Voy. par exemple l'arrêt, souvent cité à ce propos, C.J.U.E., arrêt du 11 juillet 2002, C-60/00, *Mary Carpenter v. Secretary of State for the Home Department*, Rec., I-06279. Sur ce point, voy. N. REICH, « How Proportionate Is the Proportionality Principle? Some Critical Remarks on the Use and Methodology of the Proportionality Principle in the Internal Market Case Law of the ECJ », in H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE, *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge, Intersentia, 2012, p. 87.

(94) V. MANTOUVALOU, « Are Labour Rights Human Rights ? », *European Labour Law Journal*, vo. 3, n° 2, 2012, pp. 152 et suiv.

(95) *Ibid.*, p. 151.

(96) C.J.U.E., arrêt du 18 juin 1991, C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE (ERT)*, Rec., I-02925, point 41 ; C.J.U.E., arrêt du 6 mars 2011, C-274/99, *Bernard Connolly*, Rec., I-01611, point 37 ; C.J.U.E., arrêt du 22 octobre 2002, C-94/00, *Roquette Frères*, Rec., I-09011, point 25 ; C.J.U.E., arrêt du 12 juin 2003, C-112/00 *Schmidberger*, Rec., I-05659, point 71 ; C.J.U.E., arrêt du 14 octobre 2004, C-36/02, *Omega*, Rec., I-09609, point 33.

(97) *Viking*, préc., point 43 ; *Laval*, préc., point 90.

base de la Charte sociale européenne (CSE), de la Convention n° 87 de l'OIT⁽⁹⁸⁾, de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs (CDSFT) et de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (CDFUE). Notre tâche est donc simplifiée par les arrêts de la Cour de justice qui ont explicitement reconnu la nature fondamentale d'un droit collectif.

Toutefois, la Cour n'a jamais eu l'occasion de se prononcer sur la nature de la liberté d'association dans son aspect syndical, c'est-à-dire, le droit de fonder et de s'affilier à un syndicat. Cependant, en se limitant, par un souci de cohérence, aux instruments pris en considération par la Cour de justice dans les arrêts *Viking* et *Laval*, ce droit est reconnu par une multitude d'instruments juridiques au niveau international (Convention européenne des droits de l'homme⁽⁹⁹⁾, CSE⁽¹⁰⁰⁾, Conventions OIT⁽¹⁰¹⁾) et de l'UE (CDFST⁽¹⁰²⁾, CFDUE⁽¹⁰³⁾). La Cour a néanmoins reconnu la nature fondamentale de la liberté d'association *au sens large*, dans l'arrêt *Bosman*⁽¹⁰⁴⁾, en se basant sur l'article 11 de la Convention européenne des droits de l'homme. Comme l'on sait, cet article protège aussi, de façon spécifique, le droit de fonder et de s'affilier à un syndicat.

Pour ce qui concerne le droit à l'action collective, qui comprend le droit de grève, nous venons de dire que la solution est plus évidente, dès lors que la Cour s'est prononcée de façon claire sur sa nature. La possibilité envisagée par Antoine Jacobs en 1978⁽¹⁰⁵⁾ s'est matérialisée vers la fin de l'année 2007, même si cette reconnaissance a confirmé, dans le même temps, toutes les craintes formulées par Tonia Novitz en 2003⁽¹⁰⁶⁾. En tout état de cause, dans les arrêts *Viking* et *Laval*, la Cour a affirmé que « le droit de mener une action collective doit donc être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect »⁽¹⁰⁷⁾, sur la base des instruments mentionnés au début de la présente section.

Le même raisonnement peut être appliqué au droit à la négociation collective. La Cour de justice a reconnu la nature fondamentale de ce droit dans un arrêt rendu suite à un recours en manquement contre l'Allemagne⁽¹⁰⁸⁾. La Cour s'est appuyée à cet égard

(98) Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948.

(99) Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales, article 11.

(100) Charte sociale européenne, article 5.

(101) Conventions OIT n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical, 1948, et n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949.

(102) Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, article 11.

(103) Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, article 12.

(104) C.J.U.E., arrêt du 15 décembre 1995, C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman, Rec.*, I-04921, point 79.

(105) A. JACOBS, « Towards Community Action on Strike Law », *Common Market Law Review*, vol. 15, 1978.

(106) T. NOVITZ, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford, Oxford University Press, 2003, pp. 258-260. NOVITZ avait ainsi envisagé que la Cour de justice puisse être amenée à appréhender le droit à l'action collective sous le prisme des libertés fondamentales du marché intérieur de l'UE.

(107) *Viking*, préc., point 44 ; *Laval*, préc., point 91.

(108) C.J.U.E., arrêt du 15 juillet 2010, C-271/08, *Commission c. République fédérale d'Allemagne, Rec.*, I-07091, point 37. Voy. P. SYRPIS, « Reconciling Economic Freedoms and Social Rights—The Potential of Commission V. Germany (Case C-271/08, Judgment of 15 July 2010) », *Industrial Law Journal*, vol. 40, n° 2, 2011 ; M. ROCCA, « Case C-271/08, Commission V. Germany [2010] », *European Labour Law Journal*, vol. 2, 2011.

sur la Charte sociale européenne ⁽¹⁰⁹⁾, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs ⁽¹¹⁰⁾ et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ⁽¹¹¹⁾.

Enfin, la question est relativement plus compliquée pour le droit à l'information et à la consultation. La Cour, saisie d'une question sur le caractère fondamental de ce droit, n'a pas donné une réponse claire. Ainsi, l'arrêt *Association de médiation sociale* ⁽¹¹²⁾ (AMS) ne contient pas l'affirmation explicite d'un droit fondamental, présente dans les arrêts *Viking*, *Laval* et *Commission c. Allemagne* que l'on vient de mentionner. Ceci-dit, plusieurs sources parmi celles auxquelles la Cour semble prête à faire référence consacrent ce droit (CSE ⁽¹¹³⁾, CDFST ⁽¹¹⁴⁾, CDFUE ⁽¹¹⁵⁾), ce qui semble suggérer que la Cour pourrait en reconnaître la nature fondamentale. En ce sens, on peut aussi remarquer que dans l'arrêt AMS précité, la Cour était invitée à répondre à une question pré-judicielle qui affirmait déjà que le droit à l'information et à la consultation était « fondamental » ⁽¹¹⁶⁾. Le silence de la Cour sur le point pourrait « valoir acceptation » ⁽¹¹⁷⁾.

La Cour reconnaît ainsi le caractère fondamental de la plupart des droits collectifs du travail. Par conséquent, et puisque le rapport entre le détachement et les libertés fondamentales n'est plus à démontrer, il semble possible d'affirmer que, dans la grande majorité des situations, la Cour de justice analysera un conflit entre le droit collectif du travail et le détachement des travailleurs dans le cadre de sa jurisprudence concernant la relation entre les droits fondamentaux et les libertés fondamentales.

2. *Schmidberger et Omega : l'illusion de la prudence*

La Cour de justice a inauguré sa jurisprudence sur ce point dans deux arrêts bien connus ⁽¹¹⁸⁾, les arrêts *Schmidberger* et *Omega*. Dans les deux décisions, le droit fondamental en cause ⁽¹¹⁹⁾ fut, finalement, sauvegardé par la Cour, c'est-à-dire qu'il fut considéré comme étant une justification légitime pour la restriction d'une liberté fondamentale ⁽¹²⁰⁾.

(109) Art. 6.

(110) Art. 12.

(111) Art. 28.

(112) C.J.U.E., arrêt du 15 janvier 2014, C-176/12, *Association de médiation*, non encore publié au *Recueil*.

(113) Art. 21. Voy. sur ce point C. LEHOCZYK, « The Fundamental Right of Workers to Information and Consultation Under the European Social Charter », in F. DORSSEMONT et T. BLANKE (s.l.d.), *The Recast of the European Works Council Directive*, Anvers, Intersentia, 2010.

(114) Ar. 17.

(115) Art. 27.

(116) *Association de médiation sociale*, préc., point 22.

(117) En outre, la Cour semble accepter implicitement la nature fondamentale de ce droit, ou au moins de ce « principe », lorsqu'elle affirme, au point 27 : « Toutefois, cette marge d'appréciation dont les États membres disposent en matière de politique sociale ne saurait avoir pour effet de vider de sa substance la mise en œuvre d'un principe fondamental du droit de l'Union ou d'une disposition de ce même droit ».

(118) Voy. A. ALEMANNI, « À la recherche d'un juste équilibre entre libertés fondamentales et droits fondamentaux dans le cadre du marché intérieur », *op. cit.*, pp. 749-751.

(119) Respectivement, la liberté de réunion (et d'expression) et le principe de dignité humaine.

(120) Respectivement, la liberté de circulation des marchandises et la libre prestation de services.

Au-delà du fait qu'il mène à une conclusion similaire, le raisonnement de la Cour est assez différent dans les deux arrêts. Dans *Schmidberger*, la nature fondamentale des droits en cause est reconnue par l'approche positiviste que l'on vient de décrire, notamment par référence à la Convention européenne des droits de l'homme⁽¹²¹⁾. Dans *Omega*, la Cour se borne à affirmer que « l'ordre juridique communautaire tend indéniablement à assurer le respect de la dignité humaine en tant que principe général du droit »⁽¹²²⁾, en se référant aux conclusions de l'avocat général Stix-Hackl, sans toutefois citer des instruments juridiques spécifiques. Comme l'a très justement relevé Antoine Bailleux, dans *Omega*, la Cour semble se fonder sur le rôle du principe en question (le respect pour la dignité humaine) dans le système juridique de l'État membre concerné (Allemagne), plutôt que sur des sources internationales⁽¹²³⁾.

Cette différence d'approche entre les deux décisions est visible aussi dans l'application du test de proportionnalité⁽¹²⁴⁾. Dans *Schmidberger*, la Cour affirme qu'il est nécessaire « de vérifier si les restrictions apportées aux échanges intracommunautaires sont proportionnées au regard du but légitime poursuivi, à savoir en l'espèce la protection des droits fondamentaux »⁽¹²⁵⁾. En ce sens, la Cour considère que la « protection des droits fondamentaux » est en soi un objectif légitime susceptible de justifier une entrave aux libertés de circulation, ce qui est renforcé par le fait qu'elle affirme que « les objectifs spécifiques dudit rassemblement [en cause dans *Schmidberger*] ne sont pas, en tant que tels, déterminants »⁽¹²⁶⁾. Le test de proportionnalité appliqué par la Cour dans cet arrêt est donc essentiellement procédural. La Cour prend en considération le fait que le rassemblement avait été autorisé par les autorités publiques sur une requête des organisateurs⁽¹²⁷⁾, que l'entrave à la libre circulation avait été limitée dans le temps et dans l'espace⁽¹²⁸⁾ et que le public avait été informé au préalable⁽¹²⁹⁾. Enfin, la Cour considère que le fait d'interdire ou de limiter le rassemblement « constitue une interférence inacceptable dans les droits fondamentaux des manifestants de se réunir et d'exprimer paisiblement leur opinion en public »⁽¹³⁰⁾ et aurait pu « être perçu comme constituant une restriction excessive de nature à priver l'action d'une partie substantielle de sa portée »⁽¹³¹⁾.

Comme on l'a déjà mentionné, le test appliqué dans *Omega* est assez différent. La Cour se montre très bienveillante à l'égard de la mesure litigieuse, qui débouchait sur une interdiction *complète* d'une prestation de services. Ainsi, la Cour considère qu'« il n'est pas indispensable, à cet égard, que la mesure restrictive édictée par les autorités d'un État membre corresponde à une conception partagée par l'ensemble des États membres en ce qui concerne les modalités de protection du droit fondamental ou de

(121) *Schmidberger*, préc., points 69, 71 et 77.

(122) *Omega*, préc., point 34.

(123) A. BAILLEUX, « Entrave et droits fondamentaux », in D. PRIETO (s.l.d.), *L'entrave et l'accès au marché*, Bruxelles, Bruylant, 2011, p. 251, qui parle d'une « exception d'ordre public constitutionnel ».

(124) *Schmidberger*, préc., point 79 ; *Omega*, préc., 38.

(125) *Schmidberger*, préc., point 82.

(126) *Ibid.*, point 66.

(127) *Ibid.*, point 84.

(128) *Ibid.*, point 85.

(129) *Ibid.*, point 87.

(130) *Ibid.*, point 89.

(131) *Ibid.*, point 90.

l'intérêt légitime en cause »⁽¹³²⁾. Suivant cette approche, qui a été à juste titre définie comme « *state centric* »⁽¹³³⁾, la Cour affirme que « la nécessité et la proportionnalité des dispositions prises en la matière ne sont pas exclues au seul motif qu'un État membre a choisi un système de protection différent de celui adopté par un autre État »⁽¹³⁴⁾. Le test de proportionnalité en soi n'occupe qu'un point dans le raisonnement de la Cour, qui se limite à accepter l'évaluation fournie par le tribunal de renvoi⁽¹³⁵⁾. Tout comme dans son identification de la nature du droit en question, la Cour fait preuve ici d'une très évidente « *self restraint* »⁽¹³⁶⁾, dès lors qu'aucune condition procédurale ou substantielle n'est analysée et qu'aucune alternative plus respectueuse de la libre prestation de services n'est envisagée.

3. *La fin de l'innocence avec les décisions Viking et Laval (et Commission c. Allemagne)*

En 1977, M. Goutmann, membre du Parlement européen, adressa une question écrite à la Commission européenne, afin d'obtenir une clarification sur le conflit entre le droit de grève et la liberté d'établissement⁽¹³⁷⁾. La Commission répondit, de façon assez laconique, que « le principe du libre établissement n'interfère en aucune façon avec le droit de grève et n'est pas davantage affecté par celui-ci »⁽¹³⁸⁾. Trente ans après, la Cour de justice décidait que « l'article 43 CE doit être interprété en ce sens que, en principe, n'est pas soustraite au champ d'application de cet article une action collective engagée par un syndicat ou un groupement de syndicats à l'encontre d'une entreprise aux fins d'amener cette dernière à conclure une convention collective dont le contenu est de nature à la dissuader de faire usage de la liberté d'établissement »⁽¹³⁹⁾. La simple juxtaposition de ces deux textes montre les signes profonds du passage du temps.

Viking et *Laval* représentent le deuxième chapitre de l'histoire commencée avec *Schmidberger* et *Omega*. Ce nouveau chapitre est un véritable coup de théâtre. Face à cette surprise, ou cette déception, certains auteurs ont suggéré de ne pas généraliser la portée de ces arrêts, en mettant l'accent sur leurs spécificités⁽¹⁴⁰⁾ (concernant, par

(132) *Omega*, préc., point 37.

(133) N. SHUIBHNE, « Margins of Appreciation: national Values, Fundamental Rights and EC Free Movement Law », *European Law Review*, vol. 34, 2009, p. 254.

(134) *Omega*, préc., point 38.

(135) *Ibid.*, point 39 : « L'interdiction de l'exploitation commerciale de jeux de divertissement impliquant la simulation d'actes de violence contre les personnes, en particulier la représentation d'actes de mise à mort d'êtres humains, correspond au niveau de protection de la dignité humaine que la constitution nationale a entendu assurer sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne ».

(136) Comme l'a relevé E. SPAVENTA, « Federalisation Versus Centralisation : tensions in Fundamental Rights Discourse in the EU », in M. DOUGAN et S. CURRIE (s.l.d.), *50 Years of the European Treaties : looking Back and Thinking Forward*, vol. 44, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 25. Cette « *judicial deference* » est aussi remarquée par J. FONS et K. LENAERTS, « The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law », *Common Market Law Review*, vol. 62, n° 47, 2010, p. 1663.

(137) L'éditeur français Hersant avait menacé de délocaliser en Belgique la production de certains de ses périodiques (*Figaro*, *France-Soir* et *Nord-Eclair*), afin d'échapper aux effets d'une grève à Paris.

(138) *J.O.*, 1977, C 214/18 du 7 septembre 1977.

(139) *Viking*, préc., point 55.

(140) A. DAVIES, « One Step Forward, Two Steps Back? The Viking and Laval Cases in the ECJ », *op. cit.*, p. 142 ; C. BARNARD, « Viking and Laval : an Introduction », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2008, p. 491.

exemple, les systèmes de relations collectives). La Cour a toutefois généralisé dans l'arrêt *Commission c. Allemagne* l'approche de *Viking* et *Laval* pour l'appliquer au droit de négociation collective⁽¹⁴¹⁾.

La première différence de ces arrêts avec *Schmidberger* et *Omega* est la nature de la partie défenderesse. Dans ces derniers arrêts, les recours visaient l'action des autorités publiques, tandis que dans *Viking* et *Laval*, la Cour a examiné l'action des syndicats⁽¹⁴²⁾. Cependant, l'impact de cette différence est tempéré par l'idée de la nature de l'action syndicale adoptée par la Cour. Celle-ci n'a pas développé ou affirmé, dans ces arrêts, un effet horizontal des libertés fondamentales⁽¹⁴³⁾. Elle a plutôt appréhendé les syndicats comme des « instances régulatrices non gouvernementales »⁽¹⁴⁴⁾, par analogie avec sa jurisprudence à propos des associations sportives⁽¹⁴⁵⁾. Ainsi, la Cour considère que les libertés fondamentales sont applicables de façon directe à l'action syndicale, sur la base de ce que Catherine Barnard a défini comme un « *extended vertical direct effect* »⁽¹⁴⁶⁾. En décidant d'appliquer les libertés fondamentales à l'action collective (*in casu*, à l'exercice du droit de mener une action collective), la Cour applique le test classique fondé sur les trois étapes 1) identification d'une restriction ; 2) recherche d'une justification ; 3) test de proportionnalité⁽¹⁴⁷⁾.

L'identification de la restriction passe, dans le raisonnement de la Cour, par la formule de l'arrêt *Säger*⁽¹⁴⁸⁾. L'action collective constitue une restriction si elle « est susceptible de rendre moins attrayant, voire plus difficile », l'exercice de la liberté fondamentale en question⁽¹⁴⁹⁾. Dans *Laval*, la Cour déduit cet effet restrictif du fait que les demandes des syndicats suédois vont au-delà de ce qui est permis par la directive détachement,

(141) Voy. P. SYRPIS, « Reconciling Economic Freedoms and Social Rights—The Potential of *Commission V Germany* (Case C-271/08, Judgment of 15 July 2010) », *op. cit.*, pp. 223-224 ; M. ROCCA, « Case C-271/08, *Commission V. Germany* [2010] », *op. cit.*, p. 77.

(142) Voy. L. AZOULAI, « The Case of Fundamental Rights : a State of Ambivalence », in H.-W. MICKLITZ and B. DEWITTE (s.l.d.), *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, *op. cit.*, p. 217.

(143) T. VAN PEIJPE, « Collective Labour Law After *Viking*, *Laval*, *Rüffert*, and *Commission v. Luxembourg* », *op. cit.*, p. 97.

(144) H. SCHEPEL, « Constitutionalising the Market, Marketising the Constitution, and to Tell the Difference : On the Horizontal Application of the Free Movement Provisions in EU Law », *European Law Journal*, vol. 18, n° 2, 2012, p. 186.

(145) *Viking*, préc., point 34, et *Laval*, préc., point 98 ; Voy. C.J.U.E., arrêt du 12 décembre 1974, C-36/74, *B.N.O. Walrave and L.J.N. Koch v Association Union cycliste internationale*, *Rec.*, 01405 ; *Bosman*, précit. *Contra*, voy. F. DORSSEMONT et G. ORLANDINI, « Market Rules and the Right to Strike : a Different Approach », in M. RIGAUX, J. BUELENS et A. LATINNE (s.l.d.), *From Labour Law to Social Competition Law ?*, Anvers, Intersentia, 2014, pp. 70 et suiv. ; C. JOERGES et F. RÖDL, « Informal Politics, Formalised Law and the Social Deficit of European Integration : Reflections After the Judgments of the ECJ in *Viking* and *Laval* », *European Law Journal*, vol. 15, n° 1, 2009, p. 14 ; L. AZOULAI, « The Court of Justice and the Social Market Economy : the Emergence of an Ideal and the Conditions for Its Realization », *op. cit.*, p. 1344 ; A. DAVIES, « One Step Forward, Two Steps Back ? The *Viking* and *Laval* Cases in the ECJ », *op. cit.*, pp. 136-137.

(146) C. BARNARD, « *Viking* and *Laval* : an Introduction », *op. cit.*, pp. 472.

(147) N. HÖS, « The Principle of Proportionality in *Viking* and *Laval*: an Appropriate Standard of Judicial Review? », *European Labour Law Journal*, vol. 1, 2010, pp. 241-243.

(148) C.J.U.E., arrêt du 25 juillet 1991, C-76/90, *Manfred Säger*, *Rec.*, I-04221.

(149) *Laval*, préc., point 99 ; *Viking*, précit., point 72 (avec une formulation très similaire). Voy. C. BARNARD, « *Viking* and *Laval* : an Introduction », *op. cit.*, p. 474 ; S. DEAKIN, « Regulatory Competition After *Laval* », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 10, 2008, p. 583.

selon l'interprétation résumée dans la partie précédente ⁽¹⁵⁰⁾. Dans *Viking*, elle qualifie de restriction le fait que l'action collective empêche la société Viking et sa filiale « de bénéficiaire, dans l'État membre d'accueil, du même traitement que les autres opérateurs économiques établis dans cet État » ⁽¹⁵¹⁾. Concernant les justifications à ces restrictions, la Cour a accepté dans les deux affaires que les restrictions puissent en principe être justifiées sur la base de l'objectif de protection des travailleurs ⁽¹⁵²⁾ et aussi, dans *Laval*, par la lutte contre le *dumping* social ⁽¹⁵³⁾.

Comme on le sait, dans *Viking*, la Cour a renvoyé le test de proportionnalité au juge national, après avoir toutefois donné des indications assez précises quant à son résultat ⁽¹⁵⁴⁾. En revanche, la Cour procède elle-même au test dans *Laval*. Dans ce contexte, après avoir été mobilisée pour affirmer l'existence de la restriction, la directive détachement joue un deuxième rôle fondamental. La Cour considère que la lutte contre le *dumping* social et la protection des travailleurs sont tous deux garantis à un niveau suffisant par l'application même de la directive détachement ⁽¹⁵⁵⁾. Il en résulte que l'action collective, qui vise l'application « des conditions plus favorables que celles découlant des dispositions législatives pertinentes, tandis que d'autres clauses portent sur des matières non visées [par le noyau dur de la directive détachement] » ⁽¹⁵⁶⁾, ne peut pas être justifiée sur la base des deux objectifs que l'on vient de mentionner. Cette approche substantielle, centrée sur les objectifs de l'action collective, confirme l'importance fondamentale du contenu des demandes d'une telle action, et notamment de l'éventuelle convention collective dont on tente d'obtenir la signature, l'extension ou la conclusion. Ce constat est d'importance primordiale pour évaluer l'impact du phénomène que l'on analysera dans la troisième partie de la présente contribution. En outre, cette approche marque aussi une rupture avec *Omega* et *Schmidberger*, pourtant cités par la Cour pour justifier la « mise en balance » entre les droits fondamentaux et les libertés fondamentales ⁽¹⁵⁷⁾. On est loin ici du « *self restraint* » dont la Cour avait fait preuve dans *Omega*, lorsque, comme l'ont relevé Fons et Lenaerts ⁽¹⁵⁸⁾, elle avait pris en considération l'importance du droit (principe) fondamental en question dans l'ordre juridique allemand. La Cour ne prend ainsi en considération, ni le fait que le droit de mener une action collective (réglementé par le système suédois) est un élément

(150) *Laval*, préc., point 111. Voy. S. DEAKIN, « Regulatory Competition After Laval », *op. cit.*, p. 583.

(151) *Viking*, préc., point 72.

(152) *Viking*, préc., point 77; *Laval*, préc., point 103. Il est aussi intéressant de remarquer que la Cour définit cette « protection » exclusivement dans le sens d'une défense des emplois et des conditions de travail contre une « détérioration » (lorsque « les emplois ou les conditions de travail en cause » sont « compromis ou sérieusement menacés ») ; faut-il en déduire qu'une action collective visant à améliorer ces conditions irait au-delà de cet objectif légitime ? Voy. C. JOERGES et F. RÖDL, « Informal Politics, Formalised Law and the Social Deficit of European Integration : Reflections After the Judgments of the ECJ in Viking and Laval », *op. cit.*, p. 15 ; N. HÓS, « The Principle of Proportionality in Viking and Laval: an Appropriate Standard of Judicial Review ? », *op. cit.*, p. 246 ; S. WEATHERILL, « From Economic Rights to Fundamental Rights », in S. DE VRIES, U. BERNITZ et S. WEATHERILL (s.l.d.), *The Protection of Fundamental Rights in the EU After Lisbon*, *op. cit.*, p. 28.

(153) *Laval*, préc., point 103.

(154) F. DORSSEMONT, « The Right to Take Collective Action Versus Fundamental Economic Freedoms in the Aftermath of Laval and Viking. Foes Are Forever », *op. cit.*, p. 44.

(155) *Laval*, préc., points 108-111.

(156) *Laval*, préc., point 111.

(157) *Laval*, préc., points 93-94 ; *Viking*, préc., points 45-46.

(158) J. FONS et K. LENAERTS, « The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law », *op. cit.*, pp. 1663-1664.

central dans le fonctionnement d'un système de relations professionnelles⁽¹⁵⁹⁾, ni le constat qu'un processus de négociation collective est par définition moins restrictif que l'interdiction totale d'une activité économique (voy. *Omega*)⁽¹⁶⁰⁾. Les conditions procédurales examinées par la Cour pour appliquer le test de proportionnalité dans l'arrêt *Schmidberger* auraient pu être également mobilisées, par exemple dans *Laval* : un préavis concernant l'action collective avait été déposé⁽¹⁶¹⁾, l'action collective n'avait pas pour but d'entraver la libre prestation de services en tant que telle ni d'entraver l'accès par des entreprises étrangères en général⁽¹⁶²⁾, l'action était parfaitement légale du point de vue du système suédois⁽¹⁶³⁾, l'action n'avait pas donné lieu à un « climat général d'insécurité ayant eu un effet dissuasif sur les courants d'échanges intracommunautaires dans leur ensemble »⁽¹⁶⁴⁾ et pour conclure, les limitations à l'exercice de ce droit auraient été susceptibles « de causer des perturbations autrement plus graves »⁽¹⁶⁵⁾, par exemple des grèves sauvages. Dans *Laval*, la Cour n'a pris en considération aucune condition procédurale, ce qui confirme qu'elle a entendu favoriser une approche entièrement substantielle.

4. La proposition « Monti II » : une non-solution manquée

La proposition de règlement « relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services »⁽¹⁶⁶⁾, dite « Monti II »⁽¹⁶⁷⁾, avait été formulée en réponse aux critiques et inquiétudes soulevées par *Viking* et *Laval*⁽¹⁶⁸⁾. Cette proposition, présentée par la Commission le 21 mars 2012, a été retirée le 12 septembre 2012. Il ne sera donc pas nécessaire de présenter ici son histoire complète⁽¹⁶⁹⁾, mais seulement de l'évoquer brièvement.

(159) E. PATAUT et S. ROBIN-OLIVIER, « Europe sociale ou Europe économique - À propos des affaires Viking et Laval », *Rev. dr. trav.*, 2008, p. 86.

(160) Ce point avait pourtant été souligné par l'Avocat général dans ses conclusions, point 258. Voy. D. SCHIEK, « Fundamental Rights Jurisprudence Between Member States' Prerogatives and Citizens' Autonomy », in H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE, *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, op. cit., p. 240.

(161) Cf. *Schmidberger*, préc., point 87.

(162) Cf. *ibid.*, point 86.

(163) Cf. *ibid.*, point 84.

(164) Cf. *ibid.*, point 172.

(165) Cf. *ibid.*, points 89-92.

(166) Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, COM(2012) 130, 21 mars 2012.

(167) Cette proposition a été inspirée à la fois par le Rapport de Mario Monti « Une nouvelle stratégie pour le Marché unique », 9 mai 2010, et par le Règlement (CE) n° 2679/98 du Conseil du 7 décembre 1998 relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les États membres, *J.O.*, L 337 (dit « règlement Monti »), dès lors qu'il avait été élaboré par Mario Monti en qualité de Commissaire européen à la concurrence.

(168) Explanatory Memorandum de la proposition, p. 2 : « *the Court rulings triggered a wide-ranging, intense debate on their consequences for the protection of the rights of posted workers, and more generally the extent to which trade unions can continue to protect workers' rights in cross-border situations. In particular, they sparked controversy on the adequacy of existing EU rules to protect the rights of workers in the context of the freedom to provide services and the freedom of establishment* ».

(169) Pour une analyse plus approfondie, voy. N. BRUUN, A. BÜCKER et F. DORSEMONT, « Balancing Fundamental Social Rights and Economic Freedoms : Can the Monti II Initiative Solve the EU Dilemma ? », *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, vol. 28, n° 3, 2012 ; M. ROCCA,

La proposition avait pour objectif de rééquilibrer la jurisprudence de la Cour relative à la relation entre le droit de mener une action collective et les libertés fondamentales, par un dispositif figurant dans son article 2. Cet article prévoyait un test croisé, prenant en considération à la fois l'entrave causée par l'exercice de l'action collective à une liberté fondamentale et celle causée par l'exercice de cette liberté au droit de mener une action collective⁽¹⁷⁰⁾. La proposition a été retirée⁽¹⁷¹⁾ en raison de la difficulté de trouver un appui politique suffisant pour son adoption, plusieurs parlements nationaux, impliqués pour la première fois dans la procédure de contrôle du principe de subsidiarité prévue par le protocole n° 2 du traité de Lisbonne⁽¹⁷²⁾, ayant critiqué la proposition au nom dudit principe.

À la suite de cet échec, les objectifs de la proposition et la tension qu'elle aurait dû résoudre semblent avoir été oubliés. Le commissaire Andor, en réponse à une question écrite relative au destin de la proposition, a affirmé que la Commission considérait que le droit de grève était suffisamment protégé par l'article 28 de la Charte de Nice⁽¹⁷³⁾. La Cour de justice avait pourtant pris cet article en considération dans *Viking*⁽¹⁷⁴⁾ et *Laval*⁽¹⁷⁵⁾... Cette réponse marque, au moins provisoirement, le dernier chapitre de cette histoire pour ce qui concerne l'UE.

« The Proposal for a (so-called) 'Monti II' Regulation on the Exercise of the Right to Take Collective Action Within the Context of the Freedom of Establishment and the Freedom to Provide Services », *European Labour Law Journal*, vol. 1, 2012.

(170) Ce test avait en effet été proposé par l'Avocat général Trstenjak dans l'affaire *Commission c. Allemagne*, concl. préc., point 84 : « Il convient au contraire, lorsqu'un conflit entre ces libertés fondamentales, d'une part, et ces droits fondamentaux, d'autre part, est révélé, de rechercher si les libertés fondamentales, au vu de toutes les circonstances de l'affaire, pourraient justifier une restriction au droit fondamental, à la négociation collective et au droit fondamental de la liberté de la négociation collective ou, inversement, si ces droits fondamentaux exigent de restreindre la validité de ces libertés fondamentales et du droit dérivé fondé sur elles. » Force est de constater, que la Cour a ignoré cette partie des conclusions de l'avocat général.

(171) Commission européenne, Bruxelles 12 septembre 2012, Ares (2012) 1058907.

(172) Protocole n° 2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, *J.O.*, C 206. Voy. F. FABBRINI et K. GRANAT, « Yellow Card but No Foul : The Role of the National Parliaments Under the Subsidiarity Protocol and the Commission Proposal for an EU Regulation on the Right to Strike », *Common Market Law Review*, vol. 50, n° 2, 2013 ; M. ROCCA, « Le droit de grève et l'Union Européenne en période d'austérité : la proposition "Monti II" et ses cartons jaunes », *Revue Interventions économiques*, vol. 52, 2015.

(173) EN E-008617/2012.

(174) *Viking*, précit., point 44.

(175) *Laval*, précit., point 91.

B. Le droit de l'Union européenne, en violation des normes internationales de protection des droits sociaux ?

Tant dans *Viking*⁽¹⁷⁶⁾ et *Laval*⁽¹⁷⁷⁾ qu'à l'occasion d'arrêts touchant à la négociation collective⁽¹⁷⁸⁾, la Cour de justice s'est référée à plusieurs sources internationales et européennes qui consacrent des droits sociaux fondamentaux. Pour reconnaître le caractère fondamental du droit de mener une action collective et de négociation collective, la Cour s'est notamment basée sur les Conventions n^{os} 87 et 98⁽¹⁷⁹⁾ de l'OIT et sur l'article 6 de la Charte sociale européenne. Elle s'est toutefois abstenue de prendre en considération l'interprétation de ces instruments par les organes préposés au contrôle de leur application⁽¹⁸⁰⁾. Ceci est particulièrement surprenant dans le contexte de *Viking* et *Laval*, puisque c'est la jurisprudence (*sui generis*) des organes de contrôle des conventions OIT, et non le texte même de ces conventions, qui reconnaît l'existence du droit de mener une action collective⁽¹⁸¹⁾.

En tout état de cause, après les arrêts que l'on vient de citer, la jurisprudence de ces organes a connu des évolutions qui semblent aller à l'encontre de l'approche développée dans *Viking* et *Laval*. Pour examiner ce conflit de jurisprudence, on présentera d'abord la situation relative à l'OIT, puis celle de la Charte sociale européenne. L'analyse sera complétée par quelques réflexions concernant le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme.

1. Les affaires BALPA et Lex Laval devant la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations de l'OIT

La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations (CEACR) de l'OIT, composée de vingt experts indépendants et chargée d'examiner les rapports gouvernementaux sur les conventions ratifiées, a eu l'occasion, à deux reprises, de se positionner sur la jurisprudence de la Cour de justice.

L'affaire *BALPA*⁽¹⁸²⁾ porte sur (la menace d') un conflit collectif entre la compagnie British Airways et le syndicat British Air Line Pilots' Association. Sans entrer dans les détails de l'affaire, notons que la question litigieuse a émergé après l'annonce par la société de sa volonté de créer une filiale « subsidiaire » pour opérer les trajets entre Paris et, entre autres, les États-Unis. Suite à cette décision, le processus de négociation collective portant sur les conditions de travail applicables à cette filiale démarre mais

(176) *Viking*, précit., point 43.

(177) *Laval*, précit., point 90.

(178) *Commission c. Allemagne*, précit., point 37.

(179) Convention n^o 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective, 1949.

(180) T. NOVITZ, « A Human Rights Analysis of the Viking and Laval Judgments », *op. cit.*, pp. 558-559.

(181) F. DORSSEMONT, « The Right to Take Collective Action versus Fundamental Economic Freedoms in the Aftermath of Laval and Viking. Foes Are Forever », *op. cit.*, p. 90 ; B. GERNIGON, A. ODERO et H. GUIDO, « ILO Principles Concerning the Right to Strike », *Int'l Lab. Rev.*, 1998.

(182) Conférence internationale du travail, 99^e session, 2010, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, pp. 211-212. Voy. K. EWING et J. HENDY, « The ECJ Decisions and Trade Union Freedom : lessons from the United Kingdom », in K. EWING et J. HENDY (s.l.d.), *The New Spectre Haunting Europe. The ECJ, Trade Union Rights and the British Government*, Londres, Institute of Employment Rights, 2009.

arrive vite à un blocage. En 2007, un préavis de grève est déposé par le syndicat. La compagnie demande alors au juge une interdiction d'urgence (*interim injunction*) de cette action, sur la base de *Viking* et *Laval*. Elle considère en application de cette jurisprudence que l'action envisagée viole sa liberté d'établissement. Elle affirme en outre qu'une action collective lui cause un dommage économique estimé à 100 millions de livres sterling par jour. Face à un tel risque et à l'impossibilité de prédire le résultat du test développé par la Cour de justice⁽¹⁸³⁾, le syndicat décide de ne pas recourir à l'action collective. Toutefois, le même syndicat, avec la collaboration de la fédération internationale des syndicats des transports (International Transport Federation, ITF) décide de soumettre la question à la CEACR. Celle-ci a publié ses conclusions dans son Rapport pour l'année 2010.

En premier lieu, la CEACR a écarté l'argument du Royaume-Uni, qui avait nié sa responsabilité tout en se réfugiant derrière le droit de l'Union européenne⁽¹⁸⁴⁾. La Commission OIT, se positionnant en aval du droit de l'Union européenne, considère que sa tâche « n'est pas de juger le bien-fondé des attendus de la C.J.C.E. dans les affaires *Viking* et *Laval*, en tant que ces attendus proposent une interprétation du droit de l'Union européenne à partir de droits distincts et variés découlant du Traité européen, mais plutôt d'examiner si l'impact de ces décisions au niveau national est tel qu'il en résulte un déni des droits syndicaux des travailleurs au regard de la convention n° 87 »⁽¹⁸⁵⁾. Elle s'exprime toutefois, sur le fond, de manière assez claire sur l'impact de la jurisprudence de la Cour de justice, en critiquant de manière explicite l'application du test de proportionnalité au droit de mener une action collective⁽¹⁸⁶⁾ et en concluant que « la doctrine utilisée dans ces jugements de la C.J.C.E. est susceptible d'avoir un effet restrictif quant à l'exercice du droit de grève dans la pratique, d'une manière qui est contraire à la convention »⁽¹⁸⁷⁾.

Les mêmes critiques ont été répétées dans le Rapport de 2013 concernant la Suède⁽¹⁸⁸⁾, notamment à l'encontre d'amendements à la loi relative au détachement des travailleurs qui ont transposé la jurisprudence *Laval*. Ces amendements, approuvés en 2010, ont été nommés « *Lex Laval* ». Pour n'en citer que les aspects plus importants⁽¹⁸⁹⁾, cette

(183) K. EWING et J. HENDY, « The Dramatic Implications of Demir and Baykara », *Industrial Law Journal*, vol. 39, n° 1, 2010, pp. 43-44: « Given that the test for the grant of an interim injunction is whether the claimant can demonstrate a serious issue to be tried and that the status quo should be maintained unless the balance of convenience disfavors it, it was plain that an interim injunction would be likely to be granted ».

(184) Conférence internationale du travail, 99^e session, 2010, p. 211 : « Tout effet négatif que la jurisprudence *Viking* et *Laval* pourrait avoir ne serait qu'une conséquence du droit de l'Union européenne, que le Royaume-Uni est tenu d'appliquer, et non d'une quelconque action unilatérale du Royaume-Uni lui-même ».

(185) *Ibid.*, p. 212.

(186) *Ibid.* « La commission observe que, en élaborant sa position par rapport aux restrictions au droit de grève qui sont admissibles, elle n'a jamais inclus la nécessité d'évaluer la proportionnalité des intérêts en ayant à l'esprit une notion de liberté d'établissement ou de liberté de fournir des services ».

(187) *Ibid.*

(188) Conférence internationale du travail, 102^e session, 2013, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, pp. 189-194.

(189) Voy. K. AHLBERG, « Will Lex Laval Work ? », *Nordic Labour Journal*, 2010, www.nordiclaborjournal.org/artikler/kommentar/comments-2010/article.2010-11-02.9464573364 ; J. MALMBERG, « Posting Post-Laval : Nordic Responses », in M.-A. MOREAU (s.l.d.), *Before and After the Economic Crisis ? What Implications for the 'European Social Model' ?*, Edward Elgar, Cheltenham, 2011.

réforme prévoit que, dans le contexte du détachement des travailleurs, une action collective ne peut viser que l'extension d'une convention collective sectorielle, et non la conclusion d'une CCT d'entreprise. En deuxième lieu, l'extension ne peut porter que sur des conditions minimales. En troisième lieu, toute action collective est proscrite si le prestataire de services peut prouver que les travailleurs détachés jouissent déjà de conditions d'emploi équivalentes à celles contenues dans la convention collective sectorielle, sans qu'elles soient nécessairement prévues par une convention collective dans le pays de départ.

La CEACR reitère les critiques présentées⁽¹⁹⁰⁾ et condamne en outre la décision de seulement légitimer les revendications relatives aux conditions minimales⁽¹⁹¹⁾ et la possibilité pour les employeurs qui ont recours au détachement de travailleurs d'« échapper à des revendications collectives en se contentant tout simplement de montrer que les conditions et les salaires minima sont respectés »⁽¹⁹²⁾.

2. La critique de la *Lex Laval*, et de la jurisprudence de la Cour de justice par le Comité européen des droits sociaux

La série d'amendements dite « *Lex Laval* » a aussi fait l'objet de critiques de la part du Comité européen des droits sociaux⁽¹⁹³⁾ (CEDS), organe composé de quinze experts indépendants qui assurent l'application effective de la Charte sociale européenne. La procédure devant la CEACR, entamée au même moment que celle introduite devant le CEDS et conclue plus rapidement, a pu influencer la décision du CEDS. Il faut également remarquer que, devant le Comité, les confédérations européennes des travailleurs (CES) et des employeurs (BUSINESSEUROPE) ont envoyé leurs observations⁽¹⁹⁴⁾.

Le CEDS examine la question en trois étapes. En premier lieu, il définit sa relation avec le droit de l'UE. En deuxième lieu, il considère la question des restrictions aux droits sociaux collectifs. Enfin, il examine la situation spécifique des travailleurs détachés. En présentant brièvement la décision du Comité, on suivra ici l'ordre de ces arguments.

La CEDS appréhende sa relation avec l'UE d'une manière similaire à la Commission OIT. Ainsi, le Comité (ré)affirme⁽¹⁹⁵⁾ qu'il revient aux États membres de garantir la compatibilité de leur droit avec les droits et obligations qui découlent de la Charte sociale

(190) Conférence internationale du travail, 102^e session, 2013, p. 192.

(191) *Ibid.* : « Cependant, la commission n'observe pas moins avec préoccupation que les amendements à la loi sur le détachement de travailleurs à l'étranger restreignent le recours à l'action revendicative pour l'obtention de conditions correspondant aux conditions minima de la PWD ».

(192) *Ibid.*, p. 194.

(193) Comité européen des droits sociaux, décision sur la recevabilité et le bien-fondé du 3 juillet 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, réclamation n° 85/2012. Voy. M. ROCCA, « A Clash of Kings The European Committee of Social Rights on the 'Lex Laval'... and on the EU Framework for the Posting of Workers », *European Journal of Social Law*, vol. 3, 2013.

(194) Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède, préc., documents n° 4 et 5.

(195) Sur la base du précédent *Confédération générale du travail (CGT) c. France*, réclamation n° 55/2009, décision sur le bien-fondé du 23 juin 2010. *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, précit., point 72.

européenne, aussi dans la transposition du droit de l'UE, tandis que le CEDS lui-même n'est pas compétent pour évaluer le respect de la Charte par le droit de l'Union européenne ⁽¹⁹⁶⁾. En outre, le CEDS exclut toute présomption de conformité du droit de l'Union européenne avec la Charte, en soulignant que, si l'Union Européenne a entamé un parcours d'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme, un tel parcours n'a pas été envisagé pour ce qui concerne la Charte sociale européenne ⁽¹⁹⁷⁾.

Le CEDS analyse ensuite les restrictions aux droits sociaux collectifs sous l'angle du droit de mener une action collective et du droit de négociation collective ⁽¹⁹⁸⁾. Ces droits, dans le raisonnement du Comité, ont également un impact fondamental sur la jouissance d'autres droits reconnus par la Charte ⁽¹⁹⁹⁾. Les parties contractantes de la Charte s'engagent en effet, souligne le Comité, non seulement à reconnaître le droit de négociation collective, mais aussi à le *promouvoir* ⁽²⁰⁰⁾. Le CEDS analyse sur cette base les restrictions imposées par la *Lex Laval* et conclut à leur incompatibilité avec la Charte. Notamment, la limitation aux conditions minimales des conventions collectives applicables aux travailleurs détachés est considérée comme imposant une limite importante aux droits en cause ⁽²⁰¹⁾, dès lors qu'elle interdit de « recourir à l'action collective pour conclure des conventions collectives contraignantes sur d'autres questions et/ou passer des accords à un plus haut niveau ». Ce raisonnement, tout comme le constat d'une violation substantielle des droits reconnus par la Charte, est étendu à la possibilité pour les employeurs d'« échapper » à tout processus de négociation collective (et d'action collective) en démontrant simplement que les travailleurs détachés bénéficient de conditions essentiellement similaires ⁽²⁰²⁾. Ensuite, le CEDS examine les justifications possibles de ces restrictions, sur la base de l'article G de la Charte ⁽²⁰³⁾. C'est sur ce point que le conflit avec les valeurs de l'ordre juridique de l'UE devient le plus évident, dès lors que le Comité conclut que toute restriction aux droits reconnus par la Charte doit être proportionnée. La protection des libertés économiques ne peut pas à elle seule justifier de telles restrictions, dès lors que « le fait de faciliter la circulation des services par-delà les frontières et de promouvoir la faculté pour un employeur ou une entreprise de fournir des services sur le territoire d'autres États – qui sont d'importants et précieux facteurs de liberté économique dans le cadre de la législation de l'Union européenne – ne peuvent donc être traités, du point de vue du système de valeurs, des principes et des droits fondamentaux consacrés par la Charte, comme ayant *a priori* une valeur plus grande que les droits essentiels des travailleurs » ⁽²⁰⁴⁾.

(196) *Ibid.*, points 72-73 et 107.

(197) *Ibid.*, point 74.

(198) Art. 6(2) et 6(4) de la Charte.

(199) *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, précit., point 109.

(200) *Ibid.*, point 111.

(201) *Ibid.*, points 112 et 120.

(202) *Ibid.*, point 123.

(203) « Les droits et principes énoncés dans la partie I, lorsqu'ils seront effectivement mis en œuvre, et l'exercice effectif de ces droits et principes, tel qu'il est prévu dans la partie II, ne pourront faire l'objet de restrictions ou limitations non spécifiées dans les parties I et II, à l'exception de celles prescrites par la loi et qui sont nécessaires, dans une société démocratique, pour garantir le respect des droits et des libertés d'autrui ou pour protéger l'ordre public, la sécurité nationale, la santé publique ou les bonnes mœurs ».

(204) *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, *op. cit.*, point 122.

Le dernier point abordé par le Comité concerne la situation des travailleurs détachés en tant que travailleurs individuels. Dans leur réclamation, les syndicats suédois avaient demandé au Comité d'analyser la situation de ces travailleurs du point de vue de l'article 19, § 4, de la Charte, qui reconnaît le droit à l'égalité de traitement pour les travailleurs migrants⁽²⁰⁵⁾. Le CEDS se base sur une interprétation littérale de cet article⁽²⁰⁶⁾ pour inclure les travailleurs détachés dans son champ d'application⁽²⁰⁷⁾. Ce pas franchi, la conclusion du Comité en découle de façon logique : les travailleurs détachés ont *droit*, en tant que travailleurs migrants, à un traitement aussi favorable que celui réservé « aux citoyens suédois possédant des compétences et une expérience professionnelle comparable »⁽²⁰⁸⁾, y compris la possibilité de bénéficier des avantages de la négociation collective⁽²⁰⁹⁾. Ainsi, le seul fait de limiter les conditions d'emploi applicables aux détachés à un noyau dur de conditions minimales constitue un traitement discriminatoire⁽²¹⁰⁾. Encore une fois, cette discrimination ne saurait pas, conclut le CEDS, être justifiée sur la base de la nécessité de « faciliter la circulation des services par-delà les frontières et de promouvoir la faculté pour un employeur ou une entreprise de fournir des services sur le territoire d'autres États »⁽²¹¹⁾. Cette conclusion fait apparaître un conflit direct entre la Charte et le cadre juridique européen du détachement des travailleurs, tel qu'il a été élaboré par la Cour de justice. Cette dernière a en effet affirmé que « l'article 3, paragraphe 7, de la directive 96/71 ne saurait être interprété en ce sens qu'il permet à l'État 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 [...] une telle interprétation reviendrait à priver d'effet utile ladite directive »⁽²¹²⁾.

(205) « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit des travailleurs migrants et de leurs familles la protection et à l'assistance sur le territoire de toute autre Partie, les Parties s'engagent : [...] à garantir à ces travailleurs se trouvant légalement sur leur territoire, pour autant que ces matières sont régies par la législation ou la réglementation ou sont soumises au contrôle des autorités administratives, un traitement non moins favorable qu'à leurs nationaux en ce qui concerne les matières suivantes : a. la rémunération et les autres conditions d'emploi et de travail ; b. l'affiliation aux organisations syndicales et la jouissance des avantages offerts par les conventions collectives ».

(206) *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, précit., point 134 : « Le Comité a conscience qu'en termes de durée et de stabilité de leur présence sur le territoire de l'État d'accueil, ainsi que de leurs liens avec cet État, les travailleurs détachés sont dans une situation différente de celle d'autres catégories de travailleurs migrants, et en particulier des travailleurs étrangers qui se rendent dans un autre État pour y chercher du travail et s'y installer définitivement. Il estime néanmoins que, pendant la durée de leur séjour et de l'exercice de leur activité professionnelle sur le territoire de l'État d'accueil, les travailleurs détachés constituent des travailleurs originaires d'un autre État qui sont présents en toute légalité sur le territoire de l'État d'accueil ».

(207) *Ibid.*, « Les travailleurs détachés constituent des travailleurs originaires d'un autre État qui sont présents en toute légalité sur le territoire de l'État d'accueil. Ils entrent en ce sens dans le champ d'application de l'article 19 de la Charte et sont en droit, pour la durée de leur séjour et de l'exercice de leur activité professionnelle sur le territoire de l'État d'accueil, de bénéficier d'un traitement non moins favorable que celui réservé aux travailleurs nationaux de l'État d'accueil pour ce qui concerne la rémunération, les autres conditions d'emploi et de travail, ainsi que la jouissance des avantages offerts par les conventions collectives ».

(208) *Ibid.*, point 136.

(209) *Ibid.*, point 137.

(210) *Ibid.*, point 141.

(211) *Ibid.*, point 140.

(212) *Laval*, préc., point 80 ; *Rüffert*, préc., point 33.

3. La relation avec Strasbourg (après l'avis 2/13 de la Cour de justice)

La Cour européenne des droits de l'homme (Cour eur. D.H.) n'a pas, quant à elle, eu l'occasion de se prononcer de façon directe sur les questions évoquées jusqu'ici. Cependant, les évolutions de sa jurisprudence dans le domaine des droits sociaux fondamentaux permettent d'imaginer « *a judicial pathway to overcome Laval and Viking* »⁽²¹³⁾. Ces évolutions concernent à la fois la substance et l'approche méthodologique⁽²¹⁴⁾ de la jurisprudence de la cour de Strasbourg.

Sur le plan de la substance, la Cour eur. D.H. a, en 2008 et 2009, reconnu que la protection du droit de négociation collective⁽²¹⁵⁾ et du droit de grève⁽²¹⁶⁾ entre dans le champ d'application de l'article 11 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui protège la liberté d'association syndicale. Concernant le droit de grève, cette évolution a été récemment confirmée dans l'arrêt *National Union of Rail Maritime and Transport Workers (RMT) v. the United Kingdom*, où la Cour eur. D.H. a affirmé sans ambiguïtés que « *strike action is clearly protected by Article 11* »⁽²¹⁷⁾. Les restrictions aux droits que l'on vient de mentionner sont analysées, par conséquent, sur la base de l'article 11, § 2⁽²¹⁸⁾. Ceci donne l'impression que la cour de Strasbourg développe une approche tout à fait contraire, du point de vue de la logique, à celle adoptée par la Cour de justice⁽²¹⁹⁾.

Pour ce qui concerne la révolution méthodologique inaugurée dans l'arrêt *Demir*, la Cour eur. D.H. a insufflé une nouvelle vie à la jurisprudence *sui generis* des organes de contrôle analysée ci-avant⁽²²⁰⁾. Selon cette approche, ces décisions et conclusions jouent un rôle important pour déterminer la portée des droits reconnus par la Convention des droits de l'homme⁽²²¹⁾. Tout comme l'évolution substantielle en matière de

(213) F. DORSSEMONT, « A Judicial Pathway to Overcome Laval and Viking », *OSE Research Paper*, n° 5, 2011.

(214) Sur ce point voy. K. LÖRCHER, « The New Social Dimension in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR): The Demir and Baykara Judgment, Its Methodology and Follow-up », in F. DORSSEMONT, I. SCHÖMANN, et K. LÖRCHER, *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford, Hart Publishing, 2013.

(215) Cour eur. D.H., *Demir and Baykara c. Turquie*, 12 novembre 2008, Requête N° 34503/97.

(216) Cour eur. D.H., *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie*, 21 avril 2009, Requête N° 68959/01.

(217) Cour eur. D.H., *National Union of Rail Maritime and Transport Workers (RMT) v. the United Kingdom*, 8 avril 2014, Requête N° 31045/10.

(218) « L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'État ».

(219) F. DORSSEMONT, « How the European Court of Human Rights Gave Us Enerji to Cope with Viking and Laval », in M.-A. MOREAU (s.l.d.), *Before and After the Economic Crisis ? What Implications for the 'European Social Model' ?*, op. cit., p. 231.

(220) K. EWING et J. HENDY, « The Dramatic Implications of Demir and Baykara », op. cit., p. 7 : « The ILO and ESC fora are thus now no longer processes for publicising grievances and causing some mild diplomatic embarrassment for national governments but important steps in building up the scope of ILO and ESC rights generally (as well as in particular cases), with a view to bringing proceedings in the ECtHR in Strasbourg under Article 11 ».

(221) *Demir et Baykara*, point 85, « La Cour, quand elle, définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la

droit de grève, cette évolution méthodologique a été récemment confirmée dans l'arrêt *R.M.T.*⁽²²²⁾, alors qu'elle avait été contestée par le gouvernement britannique dans cette même affaire⁽²²³⁾.

Si en théorie les approches contradictoires des deux cours suprêmes de l'espace européen pourraient faire présager un important conflit, celui-ci semble improbable. En premier lieu, la cour de Strasbourg devrait pour ce faire accepter d'être instrumentalisée dans l'objectif explicite de critiquer la jurisprudence de la Cour de justice. On envisage mal qu'elle accepte une telle instrumentalisation, dès lors que dans l'arrêt *R.M.T.* précité, par exemple, elle a essentiellement refusé de jouer ce rôle à propos de la réglementation du droit de grève au Royaume-Uni, allant jusqu'à mobiliser un élément proprement politique (le maintien de la restriction par des gouvernements de tendances politiques différentes) pour accepter la restriction imposée à ce droit par ladite réglementation⁽²²⁴⁾.

En deuxième lieu, un tel conflit supposerait aussi que la Cour soit prête à revoir sa relation avec le droit de l'UE. Elle a affirmé, comme on le sait, une présomption réfrangible de conformité des mesures prises en application du droit de l'UE avec la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales⁽²²⁵⁾. La question de la relation entre les deux ordres juridiques aurait dû être clarifiée par l'adhésion de l'UE à la Convention, prévue par l'article 6 du TUE. Ce processus d'adhésion semble aujourd'hui bloqué par l'avis 2/13 de la Cour de justice, concernant la compatibilité du traité d'adhésion avec les traités UE⁽²²⁶⁾. Dans cet avis émis en assemblée plénière, la C.J.U.E. indique de nombreux éléments d'incompatibilité qu'il serait impossible d'examiner ici⁽²²⁷⁾. Il est intéressant de se pencher sur l'un d'eux : la Cour considère que le traité d'adhésion pose un problème en ce qu'il permettrait aux États membres, dans les domaines qui ont fait l'objet d'une harmonisation au niveau européen, de prévoir un niveau de protection des droits fondamentaux *supérieur* à ce qui est prévu par le droit de l'UE. Ceci pourrait nuire à « la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union »⁽²²⁸⁾. La Cour de justice admettant ainsi implicitement que la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales pourrait prévoir un niveau de protection des droits fondamentaux supérieur à celui garanti par le droit de l'UE, l'on peut se demander s'il ne serait pas cohérent pour la Cour eur D.H. de revoir sa jurisprudence

pratique des États européens reflétant leurs valeurs communes. Le consensus émergent des instruments internationaux spécialisés et de la pratique des États contractants peut constituer un élément pertinent lorsque la Cour interprète les dispositions de la Convention dans des cas spécifiques ». Voy. K. LÖRCHER, « The New Social Dimension in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights (ECtHR): The Demir and Baykara Judgment, Its Methodology and Follow-up », *op cit.*, pp. 9 et suiv.

(222) *National Union of Rail Maritime and Transport Workers*, point 76.

(223) *Ibid.*, point 70.

(224) *National Union of Rail Maritime and Transport Workers*, point 99 : « *The ban on secondary action has remained intact for over twenty years, notwithstanding two changes of government during that time. This denotes a democratic consensus in support of it, and an acceptance of the reasons for it, which span a broad spectrum of political opinion in the United Kingdom* ».

(225) Cour eur. D.H., *Bosphorus c. Irlande*, arrêt du 30 juin 2005, Requête n° 45036/98, points 155 et suiv.

(226) C.J.U.E., avis du 18 décembre 2014, 2/13, non encore publié au *Recueil*.

(227) Voy. S. PEERS, « The CJEU and the EU's accession to the ECHR: a clear and present danger to human rights protection », *EU Law Analysis*, 18 décembre 2014, <http://eulawanalysis.blogspot.be/2014/12/the-cjeu-and-eus-accession-to-echr.html> ; M. WALTHER, « Thou shalt have no other courts before me », *VerfBlog*, 23 décembre 2014, www.verfassungsblog.de/en/thou-shalt-no-courts/.

(228) *Ibid.*, point 189.

Bosphorus. Bien entendu, tout comme pour la « volonté » de Strasbourg de s'engager dans un conflit important avec Luxembourg, il est à ce jour impossible d'envisager sa réaction à l'avis 2/13 et à l'échec de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

III. NÉGOCIATION COLLECTIVE ET « NOUVELLE GOUVERNANCE ÉCONOMIQUE »

Pendant les années de la Grande récession, entamée en 2008, et notamment à partir de 2010, l'UE a connu une série de profonds changements, guidée par l'objectif de résoudre ou d'atténuer une situation économique désastreuse⁽²²⁹⁾. Une partie de ces changements ont été opérés par l'adoption de droit dérivé⁽²³⁰⁾ ou d'un nouveau traité⁽²³¹⁾. D'autres ont émergé de l'intervention directe des institutions européennes, notamment de la Commission européenne et de la Banque centrale européenne (avec le Fonds monétaire international) dans le contexte de la « Troïka », qui a géré les relations avec les pays de l'UE ayant eu recours aux mesures d'aide financière.

À travers ces instruments, les institutions de l'UE « sont devenues un acteur majeur dans le champ des relations professionnelles »⁽²³²⁾, et notamment, pour ce qui intéresse la présente contribution, dans le champ de la négociation collective.

A. Décentralisation de la négociation collective entre memoranda et recommandations spécifiques

Parmi les nombreux instruments que l'on vient d'évoquer, deux vont retenir notre attention. Il s'agit des recommandations spécifiques par pays (RSP) et des *Memoranda of Understanding* (MoU).

Les recommandations spécifiques sont rédigées par la Commission puis adoptées par le Conseil, dans le contexte du Semestre européen introduit par le « *Six Pack* »⁽²³³⁾. Ces recommandations sont formulées sur la base de plans budgétaires envoyés par les

(229) Qui a en effet été comparée à la crise de 1929. Voy. P. KRUGMAN, « Europe's Second Depression », *The Conscience of a Liberal (Blog)*, 29 mars 2013, <http://krugman.blogs.nytimes.com/2013/03/29/europes-second-depression/>.

(230) Les soi-disant « Six Pack » (cinq règlements et une directive) et « Two Pack » (deux règlements). Voy. C. DÉGRYSE, « The New European Economic Governance », *ETUI Working Paper*, n° 14, 2012, pp. 29-30 ; A. VERDUN, « The Building of Economic Governance in the European Union », *Transfer: European Review of Labour and Research*, vol. 19, n° 1, 2013, p. 31 ; E. MAZUYER, « Les questions de l'emploi et du travail dans une Union Européenne en crise », in M.-C. ESCANDE VARNIOL, S. LAULOM, E. MAZUYER et P. VIELLE (s.l.d.), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 56-58.

(231) Traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance, dit « Pacte budgétaire », signé le 2 mars 2012 et entré en vigueur le 1^{er} janvier 2013.

(232) A. DUFRESNE et J.-M. PERNOT, « Les syndicats européens à l'épreuve de la nouvelle gouvernance économique », *Chronique internationale de L'IREs*, vol. 143-144, 2013, p. 3.

(233) Voy. E. MAZUYER, « Les questions de l'emploi et du travail dans une Union européenne en crise », *op. cit.*, pp. 53-54.

États membres à la Commission, au mois d'avril de chaque année⁽²³⁴⁾. La dénomination de « recommandations » est potentiellement trompeuse, dès lors que le non-respect des recommandations spécifiques peut, dans certaines situations⁽²³⁵⁾, donner lieu à des sanctions quasi automatiques, qui ne peuvent être renversées par le Conseil que par un vote à la majorité qualifiée⁽²³⁶⁾.

Les MoU se révèlent plus difficiles à définir. Il s'agit d'accords entre les pays qui ont eu recours à un programme d'aide financière⁽²³⁷⁾ et la Troïka, qui fixent les conditions d'obtention ou de maintien de cette aide. Quoique leur nature juridique soit contestée⁽²³⁸⁾, il s'agit *de facto* des instruments les plus contraignants, si l'on considère les conditions budgétaires très difficiles dans lesquelles se trouvent les États membres en question, conditions qui ne leur permettent de refuser ni l'offre d'aide financière ni ses conditions⁽²³⁹⁾.

Ayant identifié ces deux instruments, nous allons maintenant mettre en relief la manière dont les institutions de l'UE sont, notamment à travers eux, intervenues dans le domaine de la négociation collective jusqu'à déterminer les directions que celle-ci devrait prendre.

1. **Plusieurs instruments pour une stratégie cohérente et explicite**

Cette orientation a été circonscrite de façon assez claire dans un rapport de la Commission du 2012, rédigé par la Direction générale des Affaires économiques et financières (DG ECFIN) et intitulé « *Labour Market Developments in Europe 2012* »⁽²⁴⁰⁾.

Ce document prévoit une liste de réformes définies comme « *employment-friendly* » (favorables à l'emploi), c'est-à-dire censées augmenter le taux d'emploi. Une section de cette liste vise les réformes dans le domaine de la négociation collective, indiquant les mesures susceptibles d'améliorer le taux d'emploi d'un État membre. Il est utile de citer ce passage dans son intégralité :

(234) S. CLAUWAERT, « The Country-Specific Recommendations (CSRs) in the Social Field - An Overview and Initial Comparison », *ETUI Background Analysis*, n° 2, 2013, pp. 5-6.

(235) Notamment, pour les États membres confrontés à une procédure pour déficit excessif.

(236) Voy. C. DEGRYSE, « The New European Economic Governance », *op. cit.*, p. 58 ; T. SCHULTEN et T. MÜLLER, « A New European Interventionism ? The Impact of the New European Economic Governance on Wages and Collective Bargaining », in D. NATALI et B. VANHERCKE (s.l.d.), *Social Developments in the EU 2012, ETUI et OSE Publications*, Bruxelles, 2013, p. 184.

(237) Notamment : Grèce, Irlande, Roumanie, Portugal, Hongrie, Lettonie.

(238) Voy. sur ce point le rapport exhaustif de A. FISCHER-LESCANO, « Human Rights in Times of Austerity Policy The EU institutions and the conclusion of Memoranda of Understanding », Legal opinion commissioned by the Chamber of Labour, Vienne, 2014 ; voy. aussi C. KILPATRICK, « Are the Bailouts Immune to EU Social Challenge Because They Are Not EU Law ? », *European Constitutional Law Review*, vol. 10, n° 3, 2014.

(239) Y. VAROUFAKIS, *The Global Minotaur: America, Europe and the Future of the Global Economy*, Londres, Zed Book, p. 206.

(240) European Commission, « Labour Market Developments in Europe 2012 », *European Economy*, n° 5, pp. 103-104.

« Reforms potentially leading to better employment outcomes (henceforth employment-friendly reforms) [...] are distinguished as follows.

- decrease statutory and contractual minimum wages,
- decrease the bargaining coverage,
- decrease (automatic) extension of collective agreements,
- reform the bargaining system in a less centralized way, for instance by removing or limiting the "favourability principle",
- introduce/extend the possibility to derogate from higher level agreements or to negotiate firm-level agreements,
- promote measures which result in an overall reduction in the wage setting power of trade unions ».

Dans ce document, et l'on verra par la suite qu'elle restera cohérente dans ses autres interventions, la Commission marque clairement sa préférence pour un système de négociation collective. Elle opte pour un système le plus décentralisé possible, malgré l'absence de consensus sur la supériorité d'un tel système du point de vue de la performance économique ⁽²⁴¹⁾.

2. Centre et périphérie

Le vocabulaire de l'austérité a été introduit en Europe avec le premier programme d'aide financière adressé à la Grèce, en mai 2010. Ce programme était soumis à la condition de l'adoption, par ce pays, d'une liste de mesures ⁽²⁴²⁾ ayant pour but de réduire le déficit public et la dette, et d'améliorer la compétitivité du pays. Par la suite, d'autres États membres ont été obligés de recourir à l'aide financière des institutions européennes et du FMI : l'Irlande en novembre 2010 et le Portugal quelque mois plus tard en mai 2011. Entre-temps, un deuxième programme pour la Grèce s'est révélé nécessaire, il sera suivi d'un troisième. En novembre 2011, la Hongrie a fait l'objet d'un programme du même type, suivie, en juin 2012, par Chypre. À chaque occasion, des « mesures d'austérité » essentiellement similaires ont été attachées aux programmes d'aide financière, proposant un mélange de réductions des dépenses publiques, de gel des salaires du secteur public (et parfois aussi du secteur privé) et de gel ou réduction des pensions et d'augmentation des impôts et des programmes de privatisations ⁽²⁴³⁾. L'on pourrait ajouter, à la liste des États membres précités, les cas limite de l'Italie et de l'Espagne. En effet, si ces deux pays n'ont pas fait l'objet d'un programme d'aide financière, ils ont été soumis à des programmes d'austérité sous la forme de lettres « secrètes » ⁽²⁴⁴⁾ formulées par la Banque centrale européenne en été 2011 et

(241) Voy. la revue de littérature proposée par P. MARGINSON et K. SISSON, *European Integration and Industrial Relations: Multi-Level Governance in the Making*, Londres, Palgrave Macmillan, 2004, pp. 12-14.

(242) Voy. C. DEGRYSE, « The New European Economic Governance », *op. cit.*, p. 25, « The Commission, the ECB and the IMF demanded that the Greek government impose an unprecedented austerity plan, raise VAT from 21 to 23 per cent, raise taxes on fuel, alcohol and tobacco by 10 per cent, freeze wages and pensions in the public sector and raise the minimum retirement age ».

(243) P. KRUGMAN, *End This Depression Now*, New York, W. W. Norton & Company, pp. 174 et suiv. ; C. DEGRYSE, « The New European Economic Governance », *op. cit.*, p. 27.

(244) La lettre envoyée au gouvernement italien était si secrète qu'elle fut publiée le 29 septembre 2011 par un de principaux quotidiens nationaux, *Il Corriere della sera*.

sommant ces États de mettre en œuvre une liste de mesures. Ces lettres faisaient suite à l'achat par la BCE sur les marchés de larges quantités d'obligations de ces États. Tant ces lettres « secrètes » que les conditions attachées aux programmes d'aide financière préconisent des réformes des systèmes de négociation collective. Nous reviendrons sur ce point dans la prochaine section.

Les recommandations spécifiques ont, bien évidemment, une force contraignante différente. Quoiqu'elles puissent, comme on l'a remarqué, être accompagnées d'une menace de sanctions, ces recommandations restent en premier lieu un moyen de pression politique sur les États destinataires. Elles révèlent néanmoins, une fois encore, la vision développée par les institutions européennes sur la négociation collective ces dernières années.

Le premier tour de recommandations a été adopté en 2011 et comprenait 117 recommandations. Ensuite, 137 recommandations ont été adoptées en 2012, 142 en 2013 et 157 en 2014⁽²⁴⁵⁾. Une large partie vise le droit social au sens large : respectivement 54, 61, 57 puis 74 recommandations concernent ce domaine. En outre, les pays couverts par un programme d'aide financière ne font l'objet d'aucune recommandation dans le cadre du Semestre européen. La politique de réduction relative des coûts salariaux (« *internal devaluation* ») jouant un rôle fondamental dans les prescriptions des institutions européennes pour sortir de la crise⁽²⁴⁶⁾, il n'est pas surprenant de constater que les systèmes de négociation collective ont retenu une attention particulière dans le cadre des recommandations spécifiques par pays. Cette orientation apparaît de manière assez claire, une fois de plus, à la lecture du pacte dit « Euro plus », adopté en mars 2011 par 23 États membres signataires⁽²⁴⁷⁾. Ce pacte invite chaque partie signataire à « *review the wage setting arrangements, and, where necessary, the degree of centralisation in the bargaining process, and the indexation mechanisms* »⁽²⁴⁸⁾.

La direction suggérée par les RSP est particulièrement claire à l'égard des États membres qui connaissent un système centralisé de négociation collective⁽²⁴⁹⁾. Dans le cas de la Belgique, les recommandations étaient précises et explicites, en 2012 : elles invitaient le pays à « réformer [...] le système de négociation et d'indexation des salaires [...] en facilitant le recours aux clauses dérogatoires aux conventions collectives sectorielles ». La suggestion était plus nuancée en 2013 (« le système de négociation des salaires devrait faire en sorte que l'évolution des salaires suive l'évolution de la productivité sous-régionale et locale ») et 2014 (« permettre une plus grande dispersion

(245) S. CLAUWAERT, « The Country-Specific Recommendations (CSRs) in the Social Field - An Overview and Initial Comparison », *op. cit.*, p. 8.

(246) K. ARMINGEON et L. BACCARO, « Political Economy of the Sovereign Debt Crisis : The Limits of Internal Devaluation », *Industrial Law Journal*, vol. 41, n° 3, 2012, p. 256 ; T. SCHULTEN et T. MÜLLER, « A New European Interventionism ? The Impact of the New European Economic Governance on Wages and Collective Bargaining », *op. cit.*, p. 186.

(247) Le 17 pays de la zone euro plus la Bulgarie, le Danemark, la Lituanie (qui n'appartenait pas encore à la zone euro), la Pologne, la Roumanie et la Croatie.

(248) Conseil européen, The Euro Plus Pact : stronger economic policy coordination for competitiveness and convergence, Conclusions, 20 avril 2011, EUCO 10/1/11, p. 16. Voy. C. BARNARD, « The Financial Crisis and the Euro Plus Pact : A Labour Lawyer's Perspective », *Industrial Law Journal*, vol. 41, n° 1, 2012, pp. 98-114.

(249) Les recommandations spécifiques par pays sont disponibles sur le site de la Commission http://ec.europa.eu/europe2020/making-it-happen/country-specific-recommendations/index_fr.htm.

sectorielle des salaires »). L'Espagne et l'Italie ont reçu des recommandations similaires en 2011, qui ont invité les deux États membres à « faire en sorte que la progression salariale reflète mieux les gains de productivité et les conditions prévalant au niveau local et à celui de l'entreprise, y compris les clauses qui pourraient permettre que les négociations au sein de l'entreprise aillent dans ce sens » (Italie) et à réformer le système de négociation collective « afin que la croissance salariale reflète mieux l'évolution de la productivité au niveau des entreprises » (Espagne). Ces deux pays ont par la suite adopté d'importantes réformes de leurs systèmes de négociation collective allant précisément dans la direction de la décentralisation, des réformes suggérées par ailleurs dans les lettres « secrètes » de la BCE ⁽²⁵⁰⁾. Les réformes adoptées ont apparemment suffi à satisfaire la « faim de décentralisation » de la Commission et du Conseil : les RSP ultérieures ne reprennent pas cette suggestion.

B. Les impacts sur la négociation collective et les risques potentiels pour la protection des travailleurs détachés

Il serait sans doute excessif d'attribuer entièrement les mutations des systèmes de négociation collective introduites pendant les années de la Grande récession aux interventions de l'UE. L'analyse de ces interventions et la présentation, ci-après, des réformes et de leurs effets, visent en effet deux objectifs différents. Notre analyse des interventions entend reconstruire la vision de la négociation collective promue par les institutions européennes ces dernières années. Notre examen de la situation concrète des pays intéressés par ces interventions entend, en revanche, mettre en évidence la distance entre la réglementation européenne sur le détachement des travailleurs et la situation effective de la négociation collective. On y reviendra dans la conclusion de la présente partie.

1. Décentralisation et destruction

Le système de négociation collective de la Grèce a fait l'objet de réformes à partir du premier mémorandum ⁽²⁵¹⁾. En octobre 2010 un arrêté présidentiel introduisait la possibilité de déroger *in pejus* aux conventions sectorielles par des conventions collectives d'entreprise ⁽²⁵²⁾. Un an plus tard, la loi 4024/2011 inversait la hiérarchie des

(250) La lettre envoyée à l'Italie affirmait « *C'è anche l'esigenza di riformare ulteriormente il sistema di contrattazione salariale collettiva, permettendo accordi al livello d'impresa in modo da ritagliare i salari e le condizioni di lavoro alle esigenze specifiche delle aziende e rendendo questi accordi più rilevanti rispetto ad altri livelli di negoziazione* » (« Il est nécessaire de réformer le système de négociation collective pour permettre la conclusion de conventions collectives au niveau de l'entreprise afin que les salaires et les conditions d'emploi reflètent les exigences spécifiques des entreprises, notamment en assurant la prévalence de ces conventions collectives sur les autres niveaux de négociation » (traduction libre). La lettre envoyée au gouvernement espagnol est supposée très similaire à celle envoyée à l'Italie. Voy. G. MEARDI, « Peripheral Convergence in the Crisis ? Southern and Eastern European Labour Markets and Industrial Relations », *SASE Annual Meeting*, 2012, p. 3.

(251) Voy. S. DEAKIN et A. KOUKIADAKI, « The Sovereign Debt Crisis and the Evolution of Labour Law in Europe », in N. COUNTOURIS et M. FREEDLAND, *Resocialising Europe in a Time of Crisis*, Cambridge, Cambridge University Press, 2013, pp. 180-181.

(252) S. CLAUWAERT et I. SCHÖMANN, « The Crisis and National Labour Law Reforms - a Mapping Exercise », Country Report : Greece, *ETUI Working paper*, 2013 ; C. KARAKIOULAFIS, « Grèce : les syndicats dans

conventions collectives de travail (CCT), affirmant la primauté des conventions d'entreprise sur les autres niveaux de négociation. Cette loi a aussi suspendu l'extension de la force obligatoire des CCT sectorielles et introduit la possibilité de conclure des CCT d'entreprise avec de simples « associations de travailleurs »⁽²⁵³⁾. Les données pour l'année 2013 montrent les effets de ces réformes, avec une réduction constante des conventions sectorielles (de 65 en 2010 à 14 en 2013)⁽²⁵⁴⁾ et une augmentation des CCT d'entreprise *réduisant* les salaires⁽²⁵⁵⁾.

La réforme de la négociation collective était aussi un élément important du mémorandum conclu entre la Troïka et le Portugal. Le système portugais était historiquement caractérisé par un taux élevé de couverture des conventions collectives, dû à l'extension administrative de leur force obligatoire⁽²⁵⁶⁾. Le gouvernement a adopté en application du mémorandum un règlement 90/2012, qui a mis des conditions strictes à cette extension. Le règlement a eu un impact très important sur le taux de couverture des conventions sectorielles et aussi sur les incitants à les négocier⁽²⁵⁷⁾. Plutôt qu'une décentralisation de la négociation collective, le Portugal connaît à présent une destruction de cette négociation collective, avec une baisse de 1,9 millions de travailleurs couverts par une convention collective en 2008 à 327 milliers de travailleurs en 2012⁽²⁵⁸⁾.

L'Italie et l'Espagne ont, quant à elles, reçu en 2011 des *quasi-memoranda*, c'est-à-dire, des lettres secrètes comprenant des listes de *desiderata* de la Banque centrale européenne. Ces lettres demandaient, comme on l'a dit ci-avant, des réformes dans le sens de la décentralisation de la négociation collective. En février 2012, le gouvernement espagnol a ainsi été à l'initiative de la loi 3/2012, qui réforme la hiérarchie des conventions collectives, en faisant prévaloir les CCT d'entreprise sur celles conclues à d'autres niveaux de négociation⁽²⁵⁹⁾. La loi a en outre limité à deux années la période durant

la ligne de mire de la Troïka », ce à la nouvelle gouvernance européenne », *Chronique internationale de l'IREs*, vol. 143-144, 2013 ; A. KOUKIADAKI et L. KRETSOS, « Grèce/Greece », in M.-C. ESCANDE VARNIOL, S. LAULOM, E. MAZUYER et P. VIELLE (s.l.d.), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, *op. cit.*, pp. 213-214.

- (253) Voy. E. ACHTSIOGLOU, « Greece 2010-2012 : labour in the Maelstrom of Deregulation », *Transfer : European Review of Labour and Research*, vol. 19, n° 1, 2013, p. 126 et aussi le Rapport de la mission OIT en Grèce : Report on the High Level Mission to Greece (Athènes, 19-23 septembre 2011), p. 18.
- (254) T. SCHULTEN, « The Impact of the Troika Policy on Wages and Collective Bargaining », Public Hearing on *Employment and Social Aspects of the Operations and Role of the Troika in Euro Area Programme Countries*, Parlement européen, 9 janvier 2014, www.boeckler.de/wsi_vortrag_schulten_2014_01_09.pdf.
- (255) Conférence internationale du travail, 103^e session, 2014, Rapport de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, p. 113 : « De même, 313 conventions collectives d'entreprise ont été signées en 2013, 178 desquelles par des associations de personnes (dont 156 prévoient des baisses de salaire) et 135 par des syndicats (dont 42 prévoient des baisses de salaire) ».
- (256) M. PALMA RAMALHO, « Portuguese Labour Law and Industrial Relations During the Crisis », *ILO Working Paper*, n° 54, 2013, p. 3.
- (257) EUROFUND, « Dramatic decline in collective agreements and worker coverage », www.eurofound.europa.eu/eiro/2013/02/articles/pt1302029i.htm.
- (258) M. PALMA RAMALHO, « Portuguese Labour Law and Industrial Relations During the Crisis », *op. cit.*, p. 5.
- (259) Voy. G. MEARDI, « Peripheral Convergence in the Crisis ? Southern and Eastern European Labour Markets and Industrial Relations », *op. cit.*, p. 5 ; S. CLAUWAERT et I. SCHÖMANN, « The Crisis and National Labour Law Reforms - a Mapping Exercise », Country Report : Spain, *ETUI Working Paper*, 2013, p. 7 ; S. DEAKIN et A. KOUKIADAKI, « The Sovereign Debt Crisis and the Evolution of Labour Law in Europe », *op. cit.*, pp. 182-183.

laquelle la convention collective de travail continue de produire ses effets, après son échéance et jusqu'à la conclusion d'une nouvelle convention. Comme les autres pays examinés jusqu'ici, l'Espagne a connu suite à cette réforme une forte réduction du nombre de travailleurs couverts par une CCT, de 12 millions en 2008 à 4,6 millions en 2013⁽²⁶⁰⁾.

L'Italie a, elle aussi, introduit une réforme de la négociation collective par voie législative⁽²⁶¹⁾, autorisant les conventions collectives d'entreprise à déroger, dans une série de matières⁽²⁶²⁾, non seulement aux CCT de niveau supérieur, mais aussi aux *dispositions législatives*. Les acteurs sociaux italiens ont toutefois fait pour l'essentiel échec à cette réforme, en décidant d'un commun accord de ne pas procéder à de telles dérogations « sauvages », mais d'opter plutôt pour une décentralisation « organisée »⁽²⁶³⁾ en introduisant des clauses d'ouverture dans les conventions collectives sectorielles⁽²⁶⁴⁾.

Cette brève analyse nous permet d'affirmer que, en premier lieu, plusieurs institutions européennes⁽²⁶⁵⁾ ont promu de façon cohérente et explicite la décentralisation des systèmes de négociation collective⁽²⁶⁶⁾, avec plus ou moins d'effet selon leur rapport de pouvoir avec chacun des États membres. En deuxième lieu, l'effet combiné de cette position et de la situation socio-économique des États pendant les années de la Grande récession a accéléré une tendance, déjà observée dans les années 2000⁽²⁶⁷⁾, vers la décentralisation de la négociation collective en Europe⁽²⁶⁸⁾.

2. La convention collective mesure de toute chose

Ce double constat nous ramène au détachement des travailleurs.

Comme on l'a montré dans la section I.B.2, la Cour de justice a, pour ce qui concerne la possibilité d'appliquer les conventions collectives aux travailleurs détachés, renforcé le choix, déjà présent dans l'article 3(8) de la directive détachement, des systèmes de

(260) T. SCHULTEN, « The Impact of the Troika Policy on Wages and Collective Bargaining », *op. cit.*

(261) Decreto Legge, 13 agosto 2011, n° 138.

(262) En matière de recours aux contrats de travail « atypiques », de durée du travail et de protection contre les licenciements.

(263) Selon la distinction opérée par F. TRAXLER, « Farewell to Labour Market Associations ? Organised Versus Disorganised Decentralization as a Map for Industrial Relations », in F. TRAXLER et C. CROUCH, *Organised Industrial Relations in Europe : What Future ?*, Aldershot, Avebury, 1995.

(264) Voy. *Accordo interconfederale fra CONFINDUSTRIA e CGIL, CISL e UIL du 28 juin 2011 et Testo Unico sulla Rappresentanza*, signé par CONFINDUSTRIA, CGIL, CISL, UIL, 10 janvier 2014.

(265) Commission européenne, Conseil et Banque centrale européenne.

(266) S. DEAKIN et A. KOUKIADAKI, « The Sovereign Debt Crisis and the Evolution of Labour Law in Europe », *op. cit.*, pp. 184-185; T. SCHULTEN et T. MÜLLER, « A New European Interventionism ? The Impact of the New European Economic Governance on Wages and Collective Bargaining », *op. cit.*, p. 200 ; A. JOLIVET, F. LERAIS et C. SAUVIAT, « La dimension sociale aux prises avec la nouvelle gouvernance économique européenne », *Chronique Internationale de L'IRE*, vol. 143-144. 2013, p. 43 ; S. CLAUWAERT et I. SCHOMANN, « The Crisis and National Labour Law Reforms - a Mapping Exercise », *op. cit.*, pp. 13-14.

(267) P. MARGINSON et K. SISSON, *European Integration and Industrial Relations: Multi-Level Governance in the Making*, *op. cit.*, p. 13.

(268) EUROFOUND, *Impact of the Crisis on Industrial Relations*, Dublin, 2014, p. 20, qui remarque une décentralisation de la négociation collective pour 15 États membres.

négociation collective centralisés. Ainsi, a) les conditions applicables aux travailleurs détachés ne peuvent pas être fixées par la négociation collective au niveau de l'entreprise dans le pays d'accueil, négociation qui ne pourrait garantir la transparence *ex ante* et l'égalité de traitement ⁽²⁶⁹⁾, b) seules les conditions minimales peuvent être appliquées à ces travailleurs ⁽²⁷⁰⁾, c) dans le cadre d'un marché public, seul un salaire minimal également obligatoire dans le secteur privé peut être imposé au prestataire de services ⁽²⁷¹⁾ et, d), la possibilité de déroger aux conditions minimales par une CCT d'entreprise doit aussi être ouverte aux prestataires de services (en principe, aussi par une CCT d'entreprise conclue dans le pays d'origine) ⁽²⁷²⁾.

On ne peut que conclure que l'action des institutions européennes préoccupées par la « nouvelle gouvernance économique » va dans une direction diamétralement opposée. On perçoit bien l'incohérence entre ces deux approches. Bien sûr, le phénomène du détachement reste peu significatif par rapport à l'ampleur des conséquences de la Grande récession. On comprend donc que la question soit passée, pour un temps, au second plan. Ceci dit, ce défaut de coordination rend plus difficile encore, voire impossible, l'application par les États membres de leurs conventions collectives aux travailleurs détachés. Il en va d'autant plus ainsi pour les pays sur lesquels l'influence des institutions européennes a été la plus profonde et la plus directe.

La tendance à la décentralisation de la négociation collective est problématique au-delà de la question de la cohérence. Il est évident que dans une telle situation la directive détachement n'est plus en mesure d'assurer ni une « concurrence loyale » ni « le respect des droits des travailleurs » ⁽²⁷³⁾. L'approche formaliste de la Cour pourrait en outre réserver des mauvaises surprises aux pays, tels que l'Italie, où les acteurs sociaux ont contourné dans les faits la décentralisation qui leur était imposée *de jure*. L'approche formaliste de la Cour est à l'œuvre dans *Laval*, où elle ignore la circonstance, pourtant soulignée par l'avocat général ⁽²⁷⁴⁾, que le système suédois est capable d'assurer *de facto* l'application uniforme des salaires et des conditions de travail. En remontant avant l'entrée en vigueur de la directive détachement, l'on peut encore citer l'arrêt *Portugaia Construções*, où la Cour ne prend pas en considération le fait que seule une infime minorité d'entreprises du pays d'accueil a fait usage de la possibilité de déroger aux conventions collectives sectorielles par une CCT d'entreprise ⁽²⁷⁵⁾. Dans cette approche, l'Italie connaît aujourd'hui un système de négociation collective complètement décentralisé, puisqu'il est possible de déroger par une CCT d'entreprise aux autres CCT et à la *législation*, alors que cette possibilité n'est pas utilisée dans la pratique.

(269) *Laval*, préc., point 100.

(270) *Laval*, préc., point 80 ; *Rüffert*, préc., point 33.

(271) *Rüffert*, préc., point 40 ; *Bundesdruckerei*, préc., point 32.

(272) *Portugaia Construções*, préc., point 35 lu conjointement avec *Laval*, précit., point 116.

(273) Directive détachement, considérant n° 5. Les arrêts de 2007 et 2008 réduisent malheureusement l'importance de ces objectifs par rapport à la promotion de la libre prestation des services. Voy. P. DAVIES, « Case C-346/06, *Rüffert v Land Niedersachsen* [2008] IRLR 467 (ECJ) », *Industrial Law Journal*, vol. 37, n° 3, 2008, pp. 293-294.

(274) Av. gén. Mengozzi, conclusions sous *Laval*, précit., point 22.

(275) Av. gén. Mischo, conclusions sous *Portugaia Construções*, point 72. Cf. les données présentées par W. OCHEL, « Decentralising Wage Bargaining in Germany - a Way to Increase Employment ? », *CESifo Working Paper*, n° 1069, 2003, p. 7.

Pour conclure cette analyse sur une note de pessimisme supplémentaire, nous reprendrons l'idée que la convention collective est la mesure de toute chose, introduite ci-dessus ⁽²⁷⁶⁾. Comme on l'a dit, dans le cadre du détachement des travailleurs, la Cour de justice analyse la relation entre les droits sociaux fondamentaux (comme celui de mener une action collective) et les libertés fondamentales suivant le *contenu* des conventions que l'on veut conclure avec le prestataire de services ou lui appliquer ⁽²⁷⁷⁾. Si le contenu d'une convention collective n'est pas compatible avec la directive détachement, l'exercice des droits sociaux fondamentaux (en particulier du droit à l'action collective) dans le but de conclure la convention constituerait une entrave injustifiée à la libre prestation de services. Ceci rend plus délicates encore les considérations présentées jusqu'ici. Si un État membre, bon élève, respectant les recommandations des institutions européennes, opte pour un système de négociation collective décentralisée, les travailleurs détachés se trouveront donc *de jure* dans un *no man's land* du droit collectif du travail, dès lors qu'en l'absence de convention collective qui puisse être légitimement appliquée aux travailleurs détachés, aucune action collective ne pourra être légitimement déclenchée contre le prestataire de services. Ce résultat rétablirait une certaine cohérence entre les décisions de la Cour de justice et la « nouvelle gouvernance économique », enfin réunis dans l'objectif *employment friendly* de « *promote measures which result in an overall reduction in the wage setting power of trade unions* » ⁽²⁷⁸⁾.

CONCLUSION

Les deux tensions présentées dans la présente contribution sont, pour le moment, « mises au frigo ». À la suite de l'échec de la proposition « Monti II », la nouvelle Commission européenne ne semble plus vouloir intervenir sur cette question. Une directive d'application de la directive détachement a été adoptée ⁽²⁷⁹⁾ quelques jours avant les élections européennes, dans le but, entre autres, bien sûr, de démontrer que, pour reprendre les mots du commissaire Andor, l'« Europe sociale » est encore vivante ⁽²⁸⁰⁾. L'accord du Conseil et du Parlement sur le texte de la directive (du 9 décembre 2013) a ainsi été salué, au sein des « anciens » États membres, comme une victoire de ladite

(276) Voy. section I.B.2.

(277) *Laval*, précit., points 110-111. Voy. C. BARNARD, « Social Dumping or Dumping Socialism? », *op. cit.*, p. 482 ; T. NOVITZ, « A Human Rights Analysis of the Viking and Laval Judgments », *op. cit.*, p. 554.

(278) European Commission, « Labour Market Developments in Europe 2012 », *European Economy*, n° 5, p. 104.

(279) Directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la Directive 96/71/CE, préc.

(280) L. ANDOR, keynote speech du 7 février 2014, Macroeconomic Institute de la Hans Boeckler Foundation (IMK), disponible au www.social-europe.eu/2014/02/address-social-imbalances-europe/ : « *It's adoption before the European elections would indeed send a very strong signal of the EU's capacity to address social questions* ».

« Europe sociale »⁽²⁸¹⁾. Cependant, cette directive⁽²⁸²⁾ ne concerne que des aspects de coordination, de contrôle et de lutte contre la fraude. Du point de vue des droits collectifs, elle reconnaît de façon explicite le rôle des partenaires sociaux dans le contrôle de l'application des conditions de travail et d'emploi des travailleurs détachés⁽²⁸³⁾, ainsi que la possibilité pour les syndicats d'agir en justice « pour compte ou à l'appui du travailleur détaché », conformément au droit national, pour obtenir l'application des droits et l'exécution des obligations découlant des directives UE⁽²⁸⁴⁾. Elle ne modifie pas toutefois les aspects substantiels du traitement des travailleurs détachés, qui font l'objet de la présente contribution.

Les tensions ici mises en lumière résultent en effet du régime même du détachement, tel qu'il est réglementé par le droit de l'UE interprété par la Cour de justice. C'est l'application *correcte* de ces règles de droit, et non la fraude à ces règles, qui, avec l'approche incohérente des institutions européennes concernant le niveau de la négociation collective, empêchera à l'avenir de plus en plus d'États membres d'appliquer quelque convention collective que ce soit aux travailleurs détachés. C'est de même l'application régulière de la jurisprudence de la Cour de justice en matière de relation entre les libertés fondamentales du marché intérieur et les droits sociaux fondamentaux qui conduit aujourd'hui le droit de l'UE à violer les standards internationaux de protection des droits sociaux⁽²⁸⁵⁾. Les deux tensions étudiées se renforcent donc mutuellement. La décentralisation de la négociation collective n'aurait pas d'effets aussi destructeurs pour les réglementations nationales sur le détachement des travailleurs si la Cour de justice avait suivi, par exemple, l'avis de l'avocat général Mengozzi dans l'affaire *Laval*, en reconnaissant l'équivalence *de facto* du système décentralisé suédois avec l'extension *de jure* des conventions collectives. De même, l'action de l'UE dans le domaine du détachement aurait été cohérente si la jurisprudence de la Cour de justice avait été suivie par un choix *politique*, dans le contexte de la nouvelle gouvernance économique, en faveur des systèmes *centralisés* de négociation collective. Ces systèmes⁽²⁸⁶⁾ permettraient de réduire l'écart entre le droit de l'Union et les standards internationaux de protection des droits sociaux.

L'écart constaté a été confirmé récemment, pour ce qui concerne la Charte sociale européenne, par le rapport du Secrétaire général du Conseil de l'Europe relatif à la « Si-

(281) *Libération*, 9 décembre 2013 : « C'est donc une victoire du camp des 'régulateurs' face au camp des libéraux » ; Michel SAPIN, ministre du Travail, de l'Emploi, de la Formation professionnelle et du Dialogue social, déclara à ce propos : « Cette journée marque un progrès pour la défense de notre modèle social, pour la défense des travailleurs et pour le refus du *dumping* social » ; *La Libre*, 9 décembre 2013, « *Dumping* social : Monica De Coninck très satisfaite » ; *Internazionale*, 10 décembre 2013, « *Una sconfitta per gli ultra-liberali* » (Une défaite pour les ultralibéraux – traduction libre).

(282) Voy. A. DEFOSSEZ, « Commentaire et proposition de révision de l'article 3 de la directive relative à l'exécution de la directive détachement », *R.T.D.E.*, n° 1, 2013, pp. 53-75 ; A. DEFOSSEZ, « Le dépassement de la question du *dumping* social : une condition nécessaire à une meilleure application de la directive détachement », *R.D.S.*, n° 1, 2014, p. 122.

(283) Directive 2014/67/UE, article 10, § 4.

(284) *Ibid.*, article 11, § 3.

(285) Voy. M. ROCCA, « Enemy at the (Flood) Gates - The EU and the international protection of social rights », à paraître, *European Labour Law Journal*, 2015.

(286) Voy. en ce sens la réflexion de T. VAN PEUPE, « If Vaxholm were in Holland : interest conflicts and EU labour law in a comparative perspective », in M. RÖNNMAR (s.l.d.), *EU Industrial Relations v. National Industrial Relations. Comparative and Interdisciplinary Perspectives*, Alphen aan den Rijn, Wolters Kluwer, 2009, pp. 193-216.

tuation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit en Europe »⁽²⁸⁷⁾. Aucune proposition pour résoudre ces tensions n'est actuellement en discussion au sein des institutions européennes. L'adhésion de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme, qui aurait pu fournir l'occasion de rouvrir la discussion sur la deuxième tension, semble aujourd'hui bloquée, ou, au moins, reportée à une date non déterminée, suite à l'adoption de l'avis 2/13 de la Cour de justice.

(287) *Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit en Europe*, Rapport établi par le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, 2014, p. 41 : « Enfin, le Comité européen des Droits sociaux a rendu en 2013 une décision dans laquelle il conclut notamment à une atteinte au droit de négociation collective et au droit de grève, corollaires notables du droit syndical. Les mesures attaquées avaient été prises à la suite d'un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne. Les décisions d'États parties découlant directement ou indirectement du droit de l'Union doivent respecter les droits garantis dans la Charte. Il est donc urgent de trouver des façons pragmatiques de résorber les contradictions entre les deux groupes de normes ».