

***Droits et Débats***

**Le droit social  
et la norme internationale**

**Un colloque organisé par le Conseil d'État**

**le 14 octobre 2016**

# Publications du Conseil d'État chez le même éditeur

## **Collection « Les rapports du Conseil d'État » (ancienne collection « Études et Documents du Conseil d'État », EDCE)**

- Le numérique et les droits fondamentaux – étude annuelle 2014, n° 65.
- L'action économique des personnes publiques – étude annuelle 2015, n° 66.
- Simplification et qualité du droit – étude annuelle 2016, n° 67.
- Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation » – étude annuelle 2017, n° 68.

## **Collection « Les études du Conseil d'État »**

- Le rescrit : sécuriser les initiatives et les projets, 2014.
- L'application du nouveau principe « silence de l'administration vaut acceptation », 2014.
- Les commissaires du Gouvernement dans les entreprises, 2015.
- Directives européennes : anticiper pour mieux transposer, 2015.
- Le droit d'alerte : signaler, traiter, protéger, 2016.

## **Collection « Droits et Débats »**

- La sanction : regards croisés du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 13, 2015.
- Où va l'État? – Tome 1, n° 14, 2015.
- Impôt et cotisation : quel financement pour la protection sociale ?, n° 15, 2015.
- La France dans la transformation numérique : quelle protection des droits fondamentaux? , n° 16, 2016.
- La fiscalité sectorielle, n° 17, 2016.
- L'ordre juridique national en prise avec le droit européen et international : questions de souveraineté ? Le regard croisé du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 18, 2016.
- Où va l'État? – Tome 2, n° 19, 2016.
- L'accord : mode de régulation du social, n° 20, 2016.
- Entretiens sur l'Europe – Tome 1, n° 21, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit – Tome 1, n° 22, 2017.
- Droit comparé et territorialité du droit – Tome 2, n° 23, 2017.
- Les entreprises publiques, n° 24, 2017.
- Le droit social et la norme internationale, n° 25, 2018.
- Entretiens sur l'Europe – Tome 2, n° 26 (à paraître).
- L'ordre public. Regard croisé du Conseil d'État et de la Cour de cassation, n° 27 (à paraître).

## **Collection « Histoire et mémoire »**

- Conférences Vincent Wright – volume 1, 2012.
- Le rôle du Conseil d'État dans le développement économique de la France au XIX<sup>e</sup> siècle, 2014.
- Faire des choix ? Les fonctionnaires dans l'Europe des dictatures, 1933-1948, 2014.
- Conférences Vincent Wright – volume 2, 2015.
- Le Conseil d'État et la Grande Guerre, 2017.

## **Collection « Jurisprudences ».**

- Jurisprudence du Conseil d'État 2012-2013, 2014.
- Jurisprudence du Conseil d'État 2014-2015, 2016.
- Jurisprudence du Conseil d'État 2016-2017 (à paraître)

<b>Avant-propos.....</b>	<b>5</b>
<b>Programme du colloque .....</b>	<b>7</b>
<b>Séance d’ouverture.....</b>	<b>9</b>
<b>Première table ronde - La prise en compte par le juge des normes sociales européennes et internationales.....</b>	<b>19</b>
Sommaire.....	19
Biographie des intervenants .....	21
Actes – La prise en compte par le juge des normes sociales européennes et internationales .....	23
Échanges avec la salle .....	53
<b>Deuxième table ronde - La fabrique de la norme sociale.....</b>	<b>55</b>
Sommaire.....	55
Biographie des intervenants .....	57
Actes – La fabrique de la norme sociale .....	61
Échanges avec la salle .....	79
<b>Troisième table ronde - Les normes internationales et la flexibilité .....</b>	<b>85</b>
Sommaire.....	85
Biographie des intervenants .....	87
Actes – Les normes internationales et la flexibilité .....	89
Échanges avec la salle .....	109
<b>Quatrième table ronde - La mobilité dans le champ du social .....</b>	<b>113</b>
Sommaire.....	113
Biographie des intervenants .....	115
Actes – La mobilité dans le champ du social.....	117
Échanges avec la salle .....	137
<b>Séance de clôture .....</b>	<b>141</b>
<b>Annexes .....</b>	<b>145</b>
1. Éléments de jurisprudence .....	147
2. Documents officiels .....	171
3. Normes internationales .....	177



**Maryvonne de Saint Pulgent**

*Présidente de la section du rapport et des études du Conseil d'Etat*

À la veille du centenaire de l'Organisation internationale du travail, fondée en 1919, le Conseil d'État a souhaité contribuer à la réflexion contemporaine sur la norme internationale en matière sociale en réunissant ses acteurs, dont il fait lui-même partie, tant comme juge administratif suprême que comme conseil juridique des pouvoirs publics, grâce notamment à sa section sociale. Ce colloque s'est donc voulu un lieu d'échanges entre les juges, administratifs ou judiciaires, nationaux ou européens, et des représentants d'organisations internationales, d'administrations nationales et européennes, d'entreprises, de syndicats, d'associations, de la doctrine universitaire.

La norme sociale internationale est l'un des moteurs du progrès des conditions de travail dans le monde, et plus généralement des conditions de vie des populations dont une part importante demeure dépourvue de protection sociale. Elle est plus que jamais nécessaire, compte tenu de l'accroissement rapide de la mobilité des travailleurs et des bénéficiaires des systèmes de protection sociale, les malades notamment. Elle contribue à faire converger ces systèmes, et par suite à réduire les distorsions de concurrence. C'est pourquoi il n'y a pas de mondialisation heureuse sans développement et effectivité de la norme sociale internationale : à l'inverse, son affaiblissement nourrirait l'hostilité croissante contre le principe du libre échange, qui menace tant l'ordre international issu de la seconde guerre mondiale que la construction européenne, en faisant ressurgir le spectre du protectionnisme et des conflits internationaux qu'il engendre.

Du point de vue des ordres juridiques nationaux, la norme internationale est source d'inspiration pour la modernisation, car le droit social repose sur de délicats équilibres, fruits d'une histoire et d'une culture nationales et de rapports de force parfois datés : « *le vent de la norme internationale, affranchie de tout ce passé, (...) souffle sur les sédiments des compromis sociaux avec la vigueur salubre des remises en cause et des réexamens nécessaires* »<sup>1</sup>.

Les défis à relever sont toutefois nombreux. La pertinence et l'effectivité de la norme internationale dépendent de leur adéquation avec les réalités économiques et sociales. Compte tenu de leur diversité, la même norme peut-elle s'appliquer à l'Europe, berceau de l'Organisation internationale du travail, et à des pays en voie de développement caractérisés par une importante économie informelle et par la faiblesse des structures administratives chargées d'en imposer le respect aux entreprises ? La norme internationale conventionnelle, longue et lourde à construire, surtout lorsque les partenaires sociaux de chaque État y sont

---

<sup>1</sup> Selon l'expression de Denis Piveteau, voir *infra* p. 25.

associés, et par suite relativement rigide, peut-elle répondre en temps utile aux bouleversements à l'œuvre telle que l'« ubérisation »<sup>2</sup> ? Au sein de l'Union européenne, la directive, largement employée en matière sociale, est-elle adaptée, compte tenu de son absence d'effet direct horizontal, alors même qu'il s'agit en grande partie de régir des relations entre particuliers, notamment entre les travailleurs et les entreprises ?

Le colloque a mis en lumière la diversification des enceintes internationales d'élaboration et le développement du « droit souple » en matière sociale, selon des dynamiques qui ont été esquissées mais qui méritent d'être mieux étudiées. Si ce foisonnement est un signe de vitalité, il peut aussi être source de désordre normatif, faute d'être maîtrisé. La question de l'insertion de la norme sociale au sein du droit international dans son ensemble est également posée, par exemple par une intégration de standards sociaux dans les traités de commerce.

---

2 Conseil d'État, *Puissance publique et plateformes numériques : accompagner l'« ubérisation »*, étude annuelle 2017, La documentation Française, Paris, septembre 2017 ; disponible sur : <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/rapports-publics/174000714-etude-annuelle-2017-du-conseil-d-etat-puissance-publique-et-plateformes-numeriques>



# Programme du colloque

- 9h30 - 9h45**      **Séance d'ouverture**  
**Jean-Marc Sauvé,** vice-président du Conseil d'état
- 9h45 - 11h15**      **Table ronde né 1 : La prise en compte par le juge des normes sociales européennes et internationales**
- Modérateur :**      **Denis Piveteau,** président de la 4  chambre du contentieux du Conseil d' tat
- Intervenants :**      **Jean-Philippe Lhernould,** professeur de droit à l'université de Poitiers  
                                 **Jean-Guy Huglo,** conseiller doyen à la chambre sociale de la Cour de cassation  
                                 **Stéphane Gervasoni,** conseiller d'état, président de chambre au Tribunal de l'Union européenne
- 11h15 - 12h45**      **Table ronde né 2 : La fabrique de la norme sociale**
- Modérateur :**      **Christian Vigouroux,** président de section, président adjoint de la section sociale du Conseil d' tat
- Intervenants :**      **Xavier Beaudonnet,** chef d'unité, coordinateur pour la négociation collective au département des normes internationales du travail de l'Organisation internationale du travail  
                                 **Marcel Grignard,** président de Confrontations Europe  
                                 **Jean-Christophe Sciberras,** directeur des ressources humaines France et des relations sociales du groupe Solvay, ancien président de l'Association nationale des directeurs des ressources humaines
- 14h30 - 16h00**      **Table ronde né 3 : Les normes internationales et la flexibilité**
- Modérateur :**      **Olivier Dutheillet de Lamothe,** président de section (h.) au Conseil d' tat
- Intervenants :**      **Bernard Thibault,** administrateur du Bureau international du travail, ancien secrétaire général de la Confédération générale du travail  
                                 **Rudi Delarue,** chef d'unité adjoint à la direction générale de l'emploi, des affaires sociales et de l'inclusion de la Commission européenne

**Raymond Soubie**, président des sociétés de conseil Alixio, Taddeo et du groupe Agence Éducation et Formation, ancien président du groupe des personnalités qualifiées du Conseil économique, social et environnemental

**16h00 - 17h30**    **Table ronde n° 4 : La mobilité dans le champ du social**

**Modérateur :**    **Jean-Denis Combrexelle**, président de la section sociale du Conseil d'État

**Intervenants :**    **Alexandre Saubot**, président de l'Union des industries et métiers de la métallurgie

**Yves Veyrier**, secrétaire confédéral de Force ouvrière

**Laurent Vilboeuf**, directeur général adjoint de la direction générale du travail du ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social

**17h30 - 17h45**    **Séance de clôture**

**Jean-Denis Combrexelle**, président de la section sociale du Conseil d'État



# Séance d'ouverture



**Jean-Marc Sauvé**

*Vice-président du Conseil d'État*

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), Jean-Marc Sauvé entre comme auditeur au Conseil d'État en 1977. Il est conseiller technique dans les cabinets de Maurice Faure et de Robert Badinter, ministres de la justice, de 1981 à 1983. Il occupe les postes de directeur de l'administration générale et de l'équipement au ministère de la justice de 1983 à 1988, puis de directeur des libertés publiques et des affaires juridiques au ministère de l'intérieur de 1988 à 1994, date à laquelle il devient préfet de l'Aisne. Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1983, il devient conseiller d'État et secrétaire général du Gouvernement en 1995. Depuis le 3 octobre 2006, il est le vice-président du Conseil d'État. Il est également président du comité prévu par l'article 255 du Traité pour le fonctionnement de l'Union européenne (comité de sélection des juges européens), président du conseil d'administration de l'ENA et président de l'Institut français des sciences administratives. En 2012, il a été élu président de l'Association des Conseils d'État et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne.

\* \* \*

Mesdames et Messieurs,  
Chers collègues<sup>3</sup>,

Je vous remercie de votre participation à cette sixième édition des *Entretiens du Conseil d'État en droit social*, dont l'objectif est, depuis plusieurs années, d'être un lieu d'échanges entre les différents acteurs, praticiens et universitaires, du secteur social, dans lequel le Conseil d'État s'attache à pleinement exercer ses responsabilités, par ses fonctions consultatives aussi bien que juridictionnelles.

Le droit social, qui recouvre le droit du travail comme celui de la protection sociale, de la santé et de la famille, est à première vue légitimement empreint d'une forte dimension nationale. Les systèmes de protection sociale contemporains ne répondent-ils pas en effet à des préoccupations, certes communes, mais envisagées différemment selon chaque État ? Le droit du travail n'est-il pas – nous nous en sommes rendu compte lors des débats sur la récente « loi travail »<sup>4</sup> – intrinsèquement lié à une certaine conception nationale de la protection des travailleurs et de l'intervention de l'État dans le champ des relations sociales ? Le droit social, plus que d'autres branches du droit, reflète un certain positionnement de l'État dans la société et l'étendue de la compétence qu'il accepte de se

---

<sup>3</sup> Texte écrit en collaboration avec Sarah Houllier, magistrat administratif, chargée de mission auprès du vice-président du Conseil d'État.

<sup>4</sup> Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, dite également loi « El Khomri ».

reconnaître<sup>5</sup>, notamment au regard des partenaires sociaux. Mais la vision exclusivement nationale, qui a présidé à l'élaboration des systèmes de protection sociale et du droit du travail, n'est aujourd'hui plus aussi pertinente que naguère et c'est ce à quoi nous invite à réfléchir le thème de cette journée de travail consacrée au droit social et à la norme internationale.

Plus encore que l'enchevêtrement de normes internationales, européennes et nationales auquel est confronté le droit social, celui-ci ne peut plus être envisagé sous le seul angle national, car les réalités qui le sous-tendent et qu'il entend réguler ne sont plus, et pour certaines depuis longtemps, seulement nationales<sup>6</sup>. La globalisation et l'« ubérisation » de l'économie, la mobilité des personnes et les stratégies transnationales des entreprises mettent à mal l'ancrage exclusivement national du droit social qui s'accommode de plus en plus difficilement de l'application de règles nationales à des situations économiques souvent transfrontalières ou empreintes d'une forte dimension internationale. Le droit social doit désormais faire face à ce phénomène de déterritorialisation et de globalisation et s'adapter pour répondre à l'évolution des circonstances économiques. Confrontés à ces nouvelles conditions économiques, les États sont conduits à faire évoluer leurs modèles sociaux, et notamment leur droit du travail, vers plus de flexibilité, notamment en Allemagne, Italie, Espagne et au Royaume-Uni, sans que ces réformes ne dispensent d'une réflexion plus large sur l'insertion de ces nouvelles normes dans le contexte européen et international : sont-elles favorisées, freinées ou interdites par ce contexte ? Ce questionnement est d'autant plus important en France où le juge, notamment sous l'effet de l'article 55 de la Constitution qui est strictement interprété, donne à la norme internationale une autorité considérable, bien plus qu'en Allemagne ou au Royaume-Uni par exemple.

Compte tenu de ces évolutions, le droit social ne peut plus être uniquement considéré sur un plan national (1) et la nécessité d'une régulation plus large, dans un cadre transnational, doit être envisagée (2).

## **1. Le droit social n'est plus un droit exclusivement national et les évolutions contemporaines affaiblissent encore cette dimension.**

*1.1. Le droit social a d'abord vocation à régir des réalités économiques et sociales de plus en plus complexes et globalisées.*

*1.1.1. Cette branche du droit n'a pas échappé au phénomène de globalisation du droit observé depuis la seconde moitié du XX<sup>e</sup> siècle<sup>7</sup>, particulièrement dans le champ des droits fondamentaux.*

Les droits nationaux subissent l'influence croissante des sources européennes et internationales qui poursuivent parfois des finalités divergentes. Ainsi, la norme

---

5 S. Robin-Olivier et P. Rémy, « Les migrations jurisprudentielles, facteurs de développement du droit international du travail ? », in *Justice et mondialisation en droit du travail*, (dir) M.-A. Moreau, H. Muir Watt et P. Rodière, Dalloz, Paris, 2010, p. 91.

6 M.-A. Moreau, « Présentation du dossier : Le rôle des juges face à l'exigence d'une réglementation sociale transnationale », *Droit social*, 2016, p. 200.

7 S. Henrion, M. Le Barbier-Le Bris, M. Del Sol, *Droit social européen et international*, éd. PUF, coll. Thémis Droit, 2<sup>e</sup> édition, Paris, 2013, p. 5.



nationale, édictée en réponse à des difficultés sur le marché du travail, peut se trouver en contradiction<sup>8</sup> – par exemple dans le cas du contrat « nouvelle embauche » – avec les règles et principes fixés dans le cadre de l'Organisation internationale du travail (OIT)<sup>9</sup>, dont les conventions<sup>10</sup> constituent la principale source du droit social international<sup>11</sup>.

Au niveau européen, la diversité des sources et des objectifs poursuivis est plus marquée<sup>12</sup>. Les affaires *Viking*<sup>13</sup> et *Laval*<sup>14</sup> sont à cet égard significatives. Le droit du travail étant largement saisi par le prisme des libertés économiques promues par les traités européens<sup>15</sup>, la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a jugé que l'exercice des droits syndicaux et collectifs, bien que revêtant un caractère fondamental, constituait une restriction non justifiée à ces libertés. De son côté, le Comité européen des droits sociaux (CEDS) a pris le contrepied de cette position en affirmant le caractère fondamental, et surtout inaltérable, du droit de mener une action collective<sup>16</sup>. Il a aussi rappelé, à cette occasion, l'absence de présomption de conformité du droit de l'Union avec les dispositions de la Charte sociale européenne<sup>17</sup> et la différence qui caractérise les deux systèmes juridiques européens dont les principes et les obligations « ne coïncident pas nécessairement ».

---

8 Par exemple, l'OIT a critiqué, sur le fondement de la Convention n° 158, le contrat nouvelle embauche (CNE) instauré en France par l'ordonnance du 2 août 2005 qui permettait notamment le licenciement du salarié sans motif pendant une période de deux ans (cf. Rapport du Directeur général : sixième rapport supplémentaire, novembre 2007). Cette contradiction a été confirmée par la Cour de cassation qui a jugé le dispositif du CNE contraire aux dispositions de la Convention n° 158 de l'OIT (C. cass., ch. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2008, n° 1210, 07-44.124).

9 Au nombre des objectifs poursuivis par l'OIT se trouvent le plein-emploi, l'élévation du niveau de vie, le développement de la sécurité sociale, la protection de la santé et des personnes vulnérables et l'égalité des chances au travail (cf. la constitution de l'OIT issue de la Constitution de 1919 adoptée lors de la conférence de paix de Paris et de la Déclaration de Philadelphie de 1944, sur : [http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62\\_LIST\\_ENTRIE\\_ID:2453907:NO](http://www.ilo.org/dyn/normlex/fr/f?p=1000:62:0::NO:62:P62_LIST_ENTRIE_ID:2453907:NO)).

10 Il existe 189 conventions de l'OIT, couvrant des sujets aussi divers que la liberté syndicale, l'abolition du travail forcé et l'élimination des discriminations. La France en a ratifié 104.

11 Ce n'est pas la seule source du droit social au niveau international car des textes de portée plus générale sont aussi mobilisés (par exemple, la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels de 1966).

12 S'agissant de l'Union européenne, le traité de Rome pose les jalons d'une politique sociale européenne (article 151 du TFUE, ex-article 136 TCE) qui a été affinée et complétée par l'Acte unique européen, la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989 et les traités de Maastricht et d'Amsterdam et désormais par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne [qui protège notamment la liberté professionnelle et le droit de travailler (article 15) ; l'égalité entre hommes et femmes y compris au travail (article 23) ; le droit de négociation et d'actions collectives (article 28) ; la protection en cas de licenciement injustifié (article 30) ; le droit à des conditions de travail justes et équitables (article 31)]. S'agissant du Conseil de l'Europe, la Charte sociale européenne est appliquée par le Comité européen des droits sociaux et la Cour EDH a aussi consacré la protection de droits sociaux à partir des droits protégés par la Convention EDH.

13 CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Worker's Federation and Finish Seamen's Union c. Viking Line ABP*, aff. C-438/05.

14 CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, aff. C-341/05.

15 Article 45 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE) sur la libre circulation des travailleurs ; article 49 du TFUE sur la liberté d'établissement ; article 56 du TFUE sur la liberté de prestation de services.

16 CEDS, 3 juillet 2013, *Confédération général du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*.

17 CEDS, 23 juin 2010, n° 55/2009 ; CEDS, 23 juin 2010, n° 56/2009.

*1.1.2. Par ailleurs, le droit social recouvre des réalités concrètes de plus en plus mondialisées.*

Le désarmement douanier, les progrès du commerce international, la constante recherche d'une meilleure compétitivité des entreprises ainsi que la mobilité accrue des travailleurs, notamment pour répondre à des tensions sectorielles et géographiques sur le marché du travail, ont favorisé la globalisation des économies et l'internationalisation des entreprises.

À cela s'ajoute la mobilité des citoyens observée et encouragée, notamment au niveau de l'Union européenne<sup>18</sup>. Les frontières sont désormais des espaces ouverts, au moins pour les biens, les services et les capitaux, et les citoyens aussi sont incités à les franchir, pour des raisons professionnelles autant que pour des raisons de choix personnel. À chaque étape de leur vie, les « migrants » sont ainsi susceptibles de solliciter la protection de leur État d'accueil, y compris la reconnaissance des droits issus de leur travail, du droit à un revenu minimal ou du droit à une protection contre la maladie.

*1.2. Ces évolutions économiques et sociales provoquent inévitablement des incitations au dumping social qui tend à frapper d'obsolescence l'espace national, comme cadre unique d'élaboration du droit social.*

*1.2.1. L'ouverture des marchés et l'élargissement de l'Union européenne ont exacerbé les tensions nées de la mise en concurrence des conceptions nationales du droit social.*

La diversité des régimes de protection sociale et des règles régissant les marchés du travail a conduit les entreprises à adopter des comportements d'optimisation sociale par le recours à des travailleurs détachés provenant de pays dans lesquels le niveau de protection sociale et les coûts du travail sont moindres. La tension entre la flexibilité du marché du travail, d'une part, et la sécurité des travailleurs, d'autre part, a aussi été avivée aux niveaux européen et international par la confrontation des modèles en présence et la nécessaire prise en compte des normes internationales au niveau national<sup>19</sup>, alors qu'en parallèle l'Union européenne prône avec constance la « flexisécurité ». Par ailleurs, les progrès fulgurants, mois après mois, de la numérisation de l'économie ont aussi pour effet de progressivement déstabiliser la relation classique de travail et de cantonner l'application du droit du travail aux secteurs économiques plus traditionnels, tandis que des pans entiers de la nouvelle économie commencent à y échapper.

*1.2.2. Des phénomènes équivalents sont également apparus dans les autres branches du droit social.*

La mobilité des ressortissants de l'Union européenne, favorisée par la reconnaissance de la citoyenneté européenne<sup>20</sup>, crée notamment des difficultés

18 Voir l'article 9 du traité sur l'Union européenne (TUE) et les articles 20 à 24 du TFUE.

19 Voir l'exemple précité de la critique du contrat nouvelle embauche par l'OIT.

20 Article 21 du TFUE.



inédites de répartition des charges et des coûts entre les États membres<sup>21</sup>. Le citoyen de l'Union peut en effet se prévaloir d'une égalité de traitement où qu'il se trouve dans l'Union<sup>22</sup>, y compris lorsqu'il ne travaille pas<sup>23</sup> ou qu'il n'a pas fait usage de sa liberté de circulation<sup>24</sup>, et y compris pour les membres de sa famille ressortissants d'États tiers<sup>25</sup>. Le rattachement aux libertés économiques protégées par les traités n'est ainsi plus nécessaire<sup>26</sup> ; dans un nombre croissant de cas, la seule invocation du statut de citoyen suffit.

L'adoption cette semaine en Allemagne d'un projet de loi selon lequel les ressortissants de l'Union qui ne travaillent pas ne pourront pas bénéficier des aides sociales avant un séjour régulier de cinq années<sup>27</sup> illustre les difficultés que provoquent cette mobilité et certaines orientations jurisprudentielles<sup>28</sup>.

La mobilité des personnes et des entreprises et la confrontation des différentes sources du droit social créent par conséquent des tensions qui invitent à repenser le cadre d'intervention de ce droit pour éviter les effets de concurrence déloyale.

## **2. Les premiers efforts de convergence observés devraient s'accompagner d'une réflexion plus large sur l'instauration d'une véritable régulation transnationale.**

*2.1. Une première convergence par le droit a été obtenue grâce au dialogue des juges.*

---

21 Voir par exemple l'affaire CJCE, 12 juillet 2001, *Smits et Peerbooms*, aff. C-157/99, relative au cas d'un patient néerlandais ayant été soigné en Autriche faute de pouvoir recevoir ce traitement au Pays-Bas et à qui les Pays-Bas refusait le remboursement des soins au motif que le droit néerlandais requiert une autorisation préalable avant un traitement dans un autre pays et que celle-ci n'avait pas été accordée.

22 Un étudiant français en Belgique peut ainsi bénéficier d'une aide sociale au même titre que les étudiants belges (CJCE, 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, aff. C-184/99 ; CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, aff. C-224/98). Voir aussi CJCE, 23 mars 2004, *Collins*, aff. C-138/02 : la CJCE juge que l'État d'accueil peut subordonner l'octroi de l'allocation de recherche d'emploi à une condition de résidence mais à condition que celle-ci soit « justifiée sur le fondement de considérations objectives indépendantes de la nationalité des personnes concernées ». Voir également l'arrêt CJCE, 7 septembre 2004, *Michel Trojani*, aff. C-456/02, par lequel le refus des autorités belges d'accorder les minimas sociaux à un ressortissant français constitue une discrimination sur le fondement de la nationalité incompatible avec les règles contenues dans les traités.

23 CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99, pt. 83.

24 CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09.

25 La protection s'étend aux enfants (CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99) et au conjoint (CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, aff. C-60/00). Voir aussi CJCE, 25 juillet 2008, *Metock*, aff. C-127/08.

26 CJCE, 17 septembre 2002, *Baumbast*, aff. C-413/99.

27 Projet de loi adopté par le gouvernement allemand en conseil des ministres le 12 octobre 2016.

28 Voir par exemple l'affaire CJUE, 19 septembre 2013, *Pensionsversicherungsanstalt c. Peter Brey*, aff. C-140/12.



2.1.1. *L'application du droit de l'Union européenne et du droit international par les juridictions nationales ne pose en principe aucune difficulté en raison des principes d'effet direct<sup>29</sup> et de primauté<sup>30</sup>.*

Ainsi, les juridictions nationales françaises appliquent directement la plupart des Conventions de l'OIT<sup>31</sup>. Devant les juridictions européennes, la question est plus délicate et dépend de la valeur qu'elles reconnaissent aux conventions internationales<sup>32</sup>. La Cour EDH fait ainsi régulièrement référence aux conventions de l'OIT, soit dans le rappel des textes de droit international pertinents<sup>33</sup>, soit en les appliquant directement pour préciser une définition ou faire émerger un consensus entre les États parties<sup>34</sup>. La CJUE se réfère, elle aussi, aux principes du droit international<sup>35</sup> ou aux autres normes européennes<sup>36</sup> pour soutenir son analyse, même si elle n'en fait pas une utilisation extensive<sup>37</sup>.

2.1.2. *La reconnaissance des différentes normes internationales et européennes par l'ensemble des juridictions a permis, notamment par la technique de l'interprétation conforme<sup>38</sup>, de faire converger les droits sociaux et la protection qui leur est attachée.*

Désormais, la plupart de ces droits sont reconnus à tous les niveaux et protégés par toutes les juridictions, comme le droit de grève, qui est garanti au niveau national<sup>39</sup>

---

29 Effet direct du droit de l'Union européenne (CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62) et des normes internationales (en fonction des critères dégagés dans CE Ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, n° 322326).

30 Primauté du droit de l'Union européenne (CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. ENEL*, aff. 6/64) et du droit international sur les normes internes de valeur infra-constitutionnelle (article 55 de la Constitution de 1958).

31 Voir, pour un exemple concernant le Conseil d'État, la décision CE, 2 décembre 2011, *CFTC*, n° 333472 sur l'assouplissement de la règle du repos dominical en France et la conformité du principe avec celui du repos hebdomadaire protégé par la Convention n° 106 de l'OIT ; et pour la Cour de cassation, l'arrêt C. cass. ch. sociale, 1<sup>er</sup> juillet 2008, n° 07-44.124, Bull. 2008, V, n° 146 qui reconnaît l'effet direct de la Convention n° 158 de l'OIT, confirmé ensuite par C. cass. ch. soc., 26 mars 2013, n° 11-25.580, Bull. 2013, V, n° 82.

32 S. Robin-Olivier, « Les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges en Europe », in *Droit social*, 2016, p. 219.

33 CEDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97, pt. 37 et 42 (citation de l'article 2 de la Convention n° 87 de l'OIT et des articles 4 à 6 de la Convention n° 98 de l'OIT).

34 CEDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97, pts. 100 à 107 ; CEDH, *Siliadin c. France*, n° 73316/01, pts. 85-87 : la Cour s'est fondé sur la Convention n° 29 de l'OIT sur le travail forcé pour établir l'obligation positive de l'État concernant l'interdiction de l'esclavage domestique.

35 CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne*, aff. 149/77, pt. 28 : référence à la Convention n° 111 de l'OIT ; CJUE, 20 janvier 2009, *G. Schultz-Hoff et Stringer e.a.*, aff. C-350/06 et C-520/06, pt 38 : référence à l'article 5 de la Convention n° 132 de l'OIT.

36 CJCE, 2 février 1988, *Blaizot*, aff. 24/86, pt 17 : référence à l'article 10 de la Charte sociale européenne.

37 S. Robin-Olivier, « Les normes sociales internationales et européennes et le développement du droit par les juges en Europe », in *Droit social*, 2016, p. 219.

38 Pour un exemple de l'application de cette technique par la Cour de justice de l'Union européenne : CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. C-335/11 et C-337/11, pts 32 et 38, s'agissant d'accords internationaux, en l'espèce la Convention des Nations-Unies relative aux droits des personnes handicapées, approuvés par l'Union européenne et à la lumière desquels la CJUE accepte de lire la directive 2000/78 qui établit un cadre contre les discriminations.

39 Alinéa 7 du Préambule de la Constitution de 1946.

et international<sup>40</sup>, et dont la reconnaissance par les cours européennes résulte d'un travail de comparaison et de rapprochement des différents droits<sup>41</sup>.

2.2. *Un approfondissement du droit social par une véritable régulation transnationale reste cependant nécessaire pour éviter des phénomènes de concurrence désordonnée entre les États et les entreprises.*

2.2.1. *Au niveau européen, la plupart des domaines du droit social obéissent à une logique de coordination<sup>42</sup> plutôt que d'harmonisation, comme en témoigne le cas des travailleurs détachés précédemment évoqué.*

L'élaboration de la nouvelle directive « détachement »<sup>43</sup> répond ainsi à la nécessité de mieux articuler les règles nationales entre elles, même si elle n'a pas vocation à proposer une véritable harmonisation au niveau européen. La CJUE a également fait évoluer sa jurisprudence dans le sens d'une meilleure protection des droits sociaux en reconnaissant que la protection contre la concurrence déloyale peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général susceptible de restreindre l'exercice des libertés économiques<sup>44</sup> et en admettant l'applicabilité de la législation sociale de l'Union à des situations pourtant régies par le droit d'un État tiers<sup>45</sup>. Elle a aussi récemment pris position contre certaines formes abusives de « tourisme social »<sup>46</sup> de la part de citoyens de l'Union qui exercent leur liberté de circulation pour bénéficier des conditions avantageuses offertes par certains États membres<sup>47</sup>, afin notamment de protéger l'équilibre financier des systèmes d'assistance sociale

---

40 Article 8, 1, d) du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ; Convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical.

41 CEDH, 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97 préc. ; CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Worker's Federation and Finish Seamen's Union c. Viking Line ABP*, aff. C-438/05, pt. 43 : la CJUE consacre le droit de grève comme principe général du droit en se fondant notamment sur les différents instruments internationaux auxquels ont adhéré les États membres et notamment la Charte sociale européenne et la Convention n° 87 de l'OIT.

42 Il en est ainsi en matière de sécurité sociale : les États membres restent compétents pour aménager leurs systèmes de sécurité sociale (CJUE, 7 février 1984, *Duphar*, aff. 238/82), l'Union européenne se borne à édicter des règles permettant de déterminer l'État compétent en cas de conflit (voir le règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et CJCE, 19 juin 2003, *Sante Pasquini*, aff. C-34/02).

43 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 dans le cadre d'une prestation de services.

44 CJCE, 12 octobre 2004, *Wolff et Müller GmbH*, aff. C-60/03 ; CJCE, 19 janvier 2006, *Commission c. Allemagne*, aff. C-244/04. Jurisprudence récemment reprise dans la décision du Conseil d'État du 8 juillet 2016, *Fédération des promoteurs immobiliers*, n° 389745.

45 CJUE, 25 février 2016, *Stroumpoulis*, aff. C-292/14. Voir sur cette affaire S. Robin-Olivier, « Oublier Viking : quand la Cour de justice fait primer la législation sociale de l'Union sur la liberté d'organisation des entreprises de transport maritime », in *Revue de droit du travail*, septembre 2016, pp. 581-584.

46 Voir notamment les conclusions de l'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer dans l'affaire *Collins* (C-138/02), pt 75 où il fait clairement référence à la notion de « tourisme social ».

47 CJUE, 11 novembre 2014, *E. Dano et F. Dano c. Jobcenter Leipzig*, aff. C-333/13 : les citoyens de l'Union économiquement inactifs qui se rendent dans un autre État membre dans le seul but de bénéficier de l'aide sociale peuvent être exclus de certaines prestations sociales notamment si leur séjour ne respecte pas les conditions posées par la directive 2004/38/CE qui prévoit que les citoyens européens doivent pouvoir subvenir à leurs besoins et ne pas être une charge pour le système de sécurité sociale de l'État d'accueil. Dans son arrêt du 15 septembre 2015, *Jobcenter Berlin c. Nazifa Alimanovic*, aff. C-67/14, la Cour de justice étend sa solution aux cas de ressortissants européens entrés dans un État membre uniquement en vue d'y chercher un emploi.

des États d'accueil<sup>48</sup>. La mobilisation des droits sociaux protégés par la Charte des droits fondamentaux pourrait également être l'occasion pour la CJUE de promouvoir des standards minima de protection<sup>49</sup>. Il faut enfin souligner que ce n'est pas dans le cadre de chaque État, mais au niveau de l'Union européenne dans son ensemble, que pourront s'esquisser des réponses pertinentes au phénomène de remise en cause frontale de la relation classique de travail par la digitalisation ou l'« ubérisation » de l'économie. Ce n'est pas dans le seul cadre national que de telles réponses pourront être apportées à ces défis majeurs.

*2.2.2. Au niveau international, l'émergence d'une régulation transnationale reste à l'état embryonnaire et s'appuie principalement sur des outils de droit souple et d'autorégulation<sup>50</sup>.*

La promotion de la responsabilité sociale des entreprises par la signature, entre ces entreprises et les représentants syndicaux, d'accords-cadres internationaux et l'élaboration de codes de conduite peut cependant concourir à la promotion d'une meilleure régulation transnationale, en dehors d'une action étatique concertée qui apparaît aujourd'hui peu envisageable<sup>51</sup>, voire même hors de portée.

## **Conclusion**

L'Organisation internationale du travail célébrera en 2019 le centenaire de sa naissance. Elle a, à cette occasion, lancé une réflexion globale sur la nécessité de refondre les règles internationales du travail au service d'une plus grande justice sociale. Sans m'avancer sur ce qui émergera de ce processus, notre thème d'aujourd'hui, consacré aux rapports entre le droit social et la norme internationale, montre à quel point une meilleure régulation au niveau européen et international et une plus grande articulation des normes sont nécessaires, mais surtout que ces évolutions ne sont pas envisageables sans une association de l'ensemble des acteurs concernés : les États bien sûr, mais aussi les salariés et les entreprises, ainsi que leurs organisations représentatives.

---

48 CJUE, 25 février 2016, *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen c. J. Garcia-Nieto*, aff. C-299/14, pt. 45 : la CJUE juge qu'un État membre peut refuser le bénéfice des prestations sociales aux citoyens non travailleurs de l'UE pendant les trois premiers mois de leur séjour ; CJUE, 14 juin 2016, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-308/14 : la Cour juge que si le fait pour un État membre de conditionner le versement de certaines prestations à la preuve d'un droit au séjour dans cet État constitue une discrimination indirecte, celle-ci est justifiée par la nécessité de préserver l'équilibre des finances publiques.

49 C. Marzo, « La Cour de justice de l'Union européenne et la Charte des droits fondamentaux : une illustration des splendeurs et misères de la régulation sociale par la mobilisation des droits sociaux fondamentaux par le juge », in *Droit social*, 2016, p. 209

50 I. de Costa, U. Rehfeldt, T. Muller, V. Telljohann et R. Zimmer, « Les accords-cadres européens et internationaux : nouveaux outils pour des relations professionnelles transnationales », in *La revue de l'Ires*, 3/2010, n° 66, p. 93.

51 R. Bourque, « Contribution des codes de conduite et des accords cadres internationaux à la responsabilité sociale des entreprises », in *La revue de l'Ires*, 2/2008, n° 57, p. 23.



Avant de céder la parole aux participants de la première table ronde, je souhaiterais adresser mes remerciements à la section du rapport et des études et à la section sociale qui ont organisé cet événement.

Je remercie également les présidents des quatre tables rondes, Denis Piveteau, Christian Vigouroux, Olivier Dutheillet de Lamotte et Jean-Denis Combrexelle, qui va en outre conclure ce colloque, et tous les intervenants qui ont répondu à notre invitation et vont nous faire l'honneur de partager avec nous les fruits de leurs réflexions et de leurs expériences. Je vous souhaite à tous de riches et fructueux échanges.





# La prise en compte par le juge des normes sociales européennes et internationales

Chargés d'interpréter la norme internationale en droit social, d'en préciser la portée et d'en assurer, le cas échéant, la conciliation avec les lois et règlements, les juges occupent une place centrale pour rendre cette norme effective.

Compte tenu de la multiplicité des juges auxquels il revient d'exercer ces différentes tâches, le défi est désormais de maintenir un dialogue permanent – entre l'ordre judiciaire et l'ordre administratif, entre juridictions françaises et européennes – seul à même de garantir des jurisprudences harmonieuses.

## Sommaire

---

Biographie des intervenants.....	21
Actes.....	23
Échanges avec la salle.....	53



# Biographie des intervenants

---

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

## Modérateur

### **Denis Piveteau**

*Président de la 4<sup>e</sup> chambre du contentieux du Conseil d'État*

Ancien élève de l'École polytechnique et de l'École nationale d'administration (ENA), docteur d'État ès sciences, Denis Piveteau rejoint le Conseil d'État en 1992 en qualité d'auditeur. Il exerce successivement, au sein de l'institution, les fonctions de commissaire du Gouvernement (1995-1998 et 2001-2005), de président de la 1<sup>re</sup> chambre (2013) puis de la 4<sup>e</sup> chambre du contentieux (depuis 2015). De 2002 à 2005, il est également rapporteur adjoint au Conseil constitutionnel. Denis Piveteau a occupé, par ailleurs, tout au long de sa carrière, de nombreux postes et fonctions dans le champ social et de la santé. Il a été conseiller juridique de l'Agence française du sang (1992-1993), du ministère des affaires sociales, de la santé et de la ville (1993-1995), puis du ministère de l'emploi et de la solidarité (2000-2005). Il a été secrétaire général des ministères chargés des affaires sociales en 2013. Il a également été directeur délégué aux risques à la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés (CNAMTS, 1998-2000), directeur de la Caisse nationale de solidarité pour l'autonomie (CNSA, 2005-2008), président délégué près la Commission supérieure devenue Cour nationale de tarification sanitaire et sociale (CNTSS, 2009-2012), vice-président (2003-2005) puis président (depuis 2009) du Haut Conseil pour l'avenir de l'assurance maladie.

## Intervenants

### **Jean-Philippe Lhernould**

*Professeur de droit privé à l'université de Poitiers*

Jean-Philippe Lhernould est professeur de droit privé à l'université de Poitiers, membre de l'équipe de recherche en droit privé (EA 1230) et membre du Conseil national des universités (CNU). Il est l'auteur de nombreux ouvrages, études et rapports en français et en anglais dans le champ du droit social international et européen. Il collabore de manière régulière avec la direction générale emploi au sein de la Commission européenne sur des sujets tels que le détachement transnational, la mobilité des travailleurs au sein de l'Union, les régimes de protection sociale et les discriminations dans les relations de travail. Il fait partie du comité de rédaction de plusieurs revues, dont *Droit Social* et *European Employment Law Cases*. Il est directeur éditorial de la collection « Juris-Classeur Protection sociale ». Il a été vice-président de l'université de Poitiers en charge des ressources humaines.

### **Jean-Guy Huglo**

*Conseiller doyen à la chambre sociale de la Cour de cassation*

Magistrat, universitaire, Jean-Guy Huglo est conseiller doyen à la chambre sociale de la Cour de cassation. Magistrat à l'administration centrale de la Justice (direction des affaires civiles et du sceau) de 1985 à 1988, il est nommé référendaire à la Cour de justice de l'Union européenne de 1988 à 1992. Il est ensuite conseiller référendaire à la chambre commerciale de la Cour de cassation et professeur associé à l'université de Paris X Nanterre de 1992 à 2001. Jean-Guy Huglo occupe les fonctions de président de la chambre sociale de la cour d'appel de Douai de 2001 à 2010 avant d'être nommé conseiller à la chambre sociale de la Cour de cassation en 2010. Il est l'auteur de nombreux fascicules au Juris-Classeur Europe, dont *Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union européenne en France* (2013), et collaborateur habituel à la *Revue de jurisprudence sociale*, à *Droit social* et à la *Semaine sociale Lamy*.

### **Stéphane Gervasoni**

*Conseiller d'État, président de chambre au Tribunal de l'Union européenne*

Ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA, promotion Léon Gambetta), Stéphane Gervasoni est membre du Conseil d'État depuis 1993. Il occupe les fonctions de sous-préfet secrétaire général de la préfecture de l'Yonne de 1997 à 1999, et de sous-préfet secrétaire général de la préfecture de la Savoie de 1999 à 2001. Référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes de 2001 à 2005 et membre de la commission des recours de l'Organisation du traité de l'Atlantique nord (OTAN) durant la même période, Stéphane Gervasoni est ensuite nommé juge au Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne (2005-2011). Puis il devient assesseur à la 8<sup>e</sup> chambre de la section du contentieux du Conseil d'État (2011-2013) et membre de la commission des recours de l'Agence spatiale européenne (2011-2013). Après avoir siégé comme juge au Tribunal de l'Union européenne de septembre 2013 à septembre 2016, il est aujourd'hui président de chambre dans ce même tribunal.



# Actes – La prise en compte par le juge des normes sociales européennes et internationales

---

**Denis Piveteau**

*Président de la 4<sup>e</sup> chambre du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Ouvrir une table ronde consacrée au rôle du juge pourrait surprendre. En effet, dans l'ordre normal des choses, l'objectif de la norme vient d'abord, son élaboration vient ensuite, et son application par le juge ne vient qu'à la fin. Mais, en matière de normes internationales – et cela a été rappelé par le vice-président Sauvé –, le choix de questionner tout de suite le rôle du juge peut aisément s'expliquer car le caractère *supra législatif* de la norme internationale met le juge national en position d'arbitrer la loi en s'autorisant, non seulement, à l'interpréter dans un sens déterminé comme il l'a toujours fait, mais aussi, le cas échéant, depuis les arrêts *Société des cafés Jacques Vabre*<sup>52</sup> et *Nicolo*<sup>53</sup>, à la contredire même si elle est très récente.

Je ne veux pas dire que la suprématie du traité sur la loi donnerait l'avantage au juge sur le législateur national, car le juge reste fondamentalement au service de la norme qu'il se doit d'appliquer. Mais cette situation singulière justifie tout de même que l'on se demande, d'entrée de jeu, si la régulation *supra législative* exercée par le juge national sous le contrôle du juge communautaire pour le droit de l'Union, en respectant l'autorité de la Cour EDH pour la Convention EDH, et en étant très attentif aux rapports des commissions d'experts, ou du Comité de la liberté syndicale pour les conventions de l'OIT, ou du Comité européen des droits sociaux pour la Charte sociale européenne ; si cette régulation, donc, par le juge national enserré dans un ensemble complexe d'autorités et d'avis, possède, ou non, une dynamique particulière en raison de ce qu'il est question de droit social, ou de matière sociale. Parce que bien des illustrations peuvent être trouvées dans l'application à des questions sociales de principes qui n'ont rien de proprement social : principes généraux de non-discrimination, droit au procès équitable, etc. Mais aussi des principes apparemment étrangers, comme par exemple ceux évoqués dans l'arrêt *Decker* de 1998 de la Cour de justice<sup>54</sup> sur la prise en charge par l'assurance maladie des frais d'optique transfrontaliers faisant application du principe de libre circulation des marchandises.

C'est donc à cet exercice de recherche des dynamiques propres à la matière sociale, lorsque le juge met en œuvre les outils classiques qui assurent l'autorité

---

52 C. cass., ch. mixte, 24 mai 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, D. 1975.497.

53 CE, ass., 20 octobre 1989, *Nicolo*, n° 108243.

54 CJCE, 28 avril 1998, *Nicolas Decker c. Caisse de maladie des employés privés*, aff. C-120/95. V. également CJCE, 28 avril 1998, *Raymond Kohll c. Union des caisses de maladie*, aff. C-158/96.

de la norme internationale, que sont invités les participants à cette table ronde, avec en arrière plan nécessaire la question de l'interaction entre les différentes juridictions. Et donc pour interagir durant cette séance, j'ai l'honneur et le plaisir de recevoir trois experts, tellement reconnus que l'on hésite à les présenter : Jean-Philippe Lhernould, professeur des universités, dont on a plaisir à lire les chroniques régulières, sur le sujet qui nous intéresse, dans une revue bien connue de tous, Jean-Guy Huglo, conseiller à la Cour de cassation et doyen de sa chambre sociale qui, durant sa carrière, a vécu de l'intérieur la fabrique du droit communautaire, et Stéphane Gervasoni, conseiller d'État président de chambre au Tribunal de l'Union européenne et qui, par la diversité de ses expériences, fait partie de cette petite élite parfaitement au fait de la réalité administrative française et totalement « bilingue » en droit communautaire.

Avant de leur donner successivement la parole, je souhaiterais, en modeste praticien, témoin ou quelquefois acteur de cette mise en œuvre de la norme internationale en matière sociale, livrer une courte introduction, une sorte de ressenti subjectif en forme de début de réponse à ma propre question. Pour l'immense majorité des cas qui passent entre les mains des chambres du contentieux du Conseil d'État, je ne vois pas que les techniques de mise en œuvre de la norme sociale internationale diffèrent fondamentalement de ce qui se pratique dans d'autres champs traditionnellement réceptifs au droit supranational (droit fiscal, droit de l'environnement, droit de la concurrence, droit du séjour des étrangers, etc.).

La première étape, l'existence ou non d'un effet direct de la norme internationale, dont la détermination nous incombe pour les normes non-communautaires, est appréciée selon les modes habituels, c'est-à-dire avec un « ciselé » qui n'est pas dépourvu de subtilité. Nous avons ainsi récemment admis, dans un arrêt *Fischer* du 10 février 2014<sup>55</sup>, l'effet direct « vertical » de l'article 24 de la Charte sociale européenne (révisée) qui prohibe le licenciement sans motif valable, pour lui confronter les termes d'un statut du personnel de chambre des métiers qui prévoyait la possibilité de licencier certains agents pour perte de confiance. Mais, en revanche, une année plus tard, dans un arrêt *Union syndicale solidaire* de janvier 2015<sup>56</sup>, nous n'avons pas cru pouvoir retenir l'existence d'un effet direct à l'article 2 de la même Charte, qui pose le principe de la durée raisonnable du travail journalier et hebdomadaire, en raison des conditions dans lesquels les engagements découlant de cet article 2 devaient être respectés par les États.

Et donc, sous des solutions d'apparences inverses, il y a, en réalité, dans ce cas comme dans d'autres, l'application très classique des mêmes critères issus de la jurisprudence d'assemblée *Gisti* de 2012<sup>57</sup>. De même, l'éventuel renvoi préjudiciel à la CJUE n'est pas opéré en matière sociale selon des canons particuliers : une illustration récente en a été donnée dans l'affaire à rebondissements – qui pourrait d'ailleurs connaître encore quelques sursauts – des avenants à la convention collective nationale de la boulangerie avec l'arrêt *société Beaudout* de 2013<sup>58</sup>.

55 CE, 10 février 2014, *Fischer*, n° 358992.

56 CE, 30 janvier 2015, *Union syndicale Solidaires*, n° 363520.

57 CE, Ass., 11 avril 2012, *Groupe d'information et de soutien des immigrés (Gisti)*, n° 322326.

58 CE, 30 décembre 2013, *Société Beaudout père et fils*, n° 357115.



Enfin, la matière sociale ne se distingue pas davantage quant à la discipline avec laquelle le juge administratif reconnaît l'autorité absolue de la chose jugée par la CJUE ou, pour la Cour EDH, au-delà de l'autorité de chose jugée par elle sur le cas d'espèce, ce que les juristes appellent « *l'autorité de la chose interprétée* ».

J'ai par exemple en tête, s'agissant de la chose jugée en matière communautaire, ce que nous avons été amenés à trancher dans l'affaire embarrassante du temps de travail des moniteurs de colonies de vacances<sup>59</sup>, pour lesquels certaines réalités des conditions de vie en colonies de vacances, et l'équilibre économique de ces colonies, se heurtaient au droit au repos quotidien et, surtout, au principe dégagé par la CJCE, notamment dans un arrêt *Norbert Jaeger* de 2003<sup>60</sup>, selon lequel le repos compensateur doit normalement succéder immédiatement au temps de travail. Après que la CJUE ait dit pour droit, sur renvoi préjudiciel du Conseil d'État, que ces contrats en centre de vacances entraient dans le champ d'application de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003<sup>61</sup>, condamnant ainsi nécessairement le dispositif réglementaire en vigueur, le Conseil d'État n'a validé le nouveau dispositif conçu par l'administration qu'au prix d'une quasi-réserve d'interprétation, en fixant strictement les conditions d'application des textes dont la légalité lui a été soumise, afin de les rendre compatibles avec la jurisprudence de la CJUE<sup>62</sup>.

Ainsi, en premier inventaire de la jurisprudence administrative, l'on fait remonter des illustrations variées, mais classiques, sans rien qui y distingue la matière sociale. Et pourtant, en y réfléchissant, viennent à l'esprit quelques exemples un peu différents dans lesquels le juge administratif s'écarte de son ordinaire et marque plus nettement – comme le disait le président Genevois dans un article consacré à l'interprétation de la loi par le Conseil d'État<sup>63</sup> – l'acte de volonté, au sens que donnait le juriste Kelsen qui traduit ce ressort ultime de la décision juridictionnelle que l'on pourrait appeler « l'idée que le juge se fait des nécessités supérieures de l'intérêt général ».

Il existe des situations dans lesquelles a pu apparaître le besoin d'interposer une sorte de rempart de conciliation entre, d'un côté, les délicats équilibres hérités de notre histoire sociale patiemment négociée, tissés de compensations visibles ou moins visibles et, de l'autre côté, le vent de la norme internationale, affranchie de tout ce passé, et qui souffle sur les sédiments des compromis sociaux avec la vigueur salubre des remises en cause et des réexamens nécessaires... mais quelquefois de manière trop abrupte pour être instantanément compris et intimement accepté.

Certains arrêts relatifs aux limites d'âges dans certaines professions portent la trace de ce que je veux dire, ou, mieux encore, le récent arrêt d'assemblée *Quintanel* de mars 2015<sup>64</sup>.

59 CE, 10 octobre 2011, *Union syndicale Solidaires Isère*, n° 301014.

60 CJCE, 9 septembre 2003, *Landeshauptstadt Kiel c. Norbert Jaeger*, aff. C-151/02.

61 CJUE, 14 octobre 2010, *Union syndicale Solidaires Isère c. Premier ministre, ministère du travail, des relations sociales, de la famille, de la solidarité et de la ville, ministère de la santé et des sports*, aff. C-428/09.

62 CE, 10 octobre 2011, *Union syndicale Solidaires Isère*, n° 301014.

63 B. Genevois, « Le Conseil d'État et l'interprétation de la loi », in *RFDA*, 2002, p. 877.

64 CE, Ass., 27 mars 2015, *Quintanel*, n° 372426.



Statuant, pour résumer à l'extrême, sur les mesures de bonification d'ancienneté d'un an par enfant accordé aux femmes fonctionnaires ayant pris leurs congés de maternité, le Conseil d'État y a jugé que, bien que ce congé ne soit pas ouvert aux pères des enfants, la mesure n'introduisait pas entre les deux sexes une discrimination indirecte prohibée par l'article 157 du TFUE en raison de ce que, premièrement, limitée aux enfants nés avant l'année 2004, il s'agissait, aussi lointaine que soit son extinction, d'une mesure d'effet transitoire, et de ce que, deuxièmement, elle visait à compenser de manière forfaitaire des retards et des préjudices de carrière dont souffrent encore les femmes et que beaucoup d'évidences statistiques permettaient d'établir.

C'est un arrêt qui, on peut l'espérer, va clore enfin le trop long feuilleton né de l'application de l'article 57 aux pensions de retraites versées par l'État français en sa qualité d'employeur, depuis les arrêts de la Cour de justice *Griesmar*<sup>65</sup> et *Moufflin*<sup>66</sup> de 2001. Mais, il n'a échappé à personne que, ce faisant, l'arrêt *Quintanel* valide une rédaction de l'article L. 12 du code des pensions qui venait d'être plutôt malmenée par la quatrième chambre de la CJUE dans son arrêt *Leone* de 2014<sup>67</sup>, au point que, sans les indications fermes de l'arrêt *Quintanel*, il n'est pas impossible que la cour administrative d'appel de Lyon, qui avait posé la question préjudicielle dans l'affaire *Leone*, aurait été tentée, après la réponse de la CJUE, de juger que l'article 12 méconnaissait le traité. Rempart de conciliation.

Mais la matière sociale ne pousse pas seulement au compromis défensif. Elle amène aussi, tout au contraire et précisément parce qu'il s'agit de droits sociaux, à ce que le juge se sente quelquefois « pousser des ailes », et se porte un peu en avant de ses lignes, non pas pour se faire le rempart, mais plutôt le « porte étendard » des droits fondamentaux issus de normes internationales. Un exemple assez frappant a été donné lorsque, au nom de « l'intérêt supérieur de l'enfant », c'est-à-dire en se fondant sur l'article 3 de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1990, le Conseil d'État a, par un arrêt *Association Aides* de 2006<sup>68</sup>, bloqué l'entrée en vigueur de dispositions législatives sur l'aide médicale d'État (AME) qui, pour les séjours de courte durée, limitaient la prise en charge des dépenses de santé des enfants mineurs aux seuls soins urgents. Cette restriction méconnaissait l'intérêt supérieur de l'enfant.

Il y a aussi des manifestations plus discrètes et non moins fermes. Je pense au récent arrêt *Association nationale de défense des victimes de l'amiante* de 2015<sup>69</sup>, par lequel le Conseil d'État juge au double visa du préambule de la Constitution de 1958 et de la directive 94/33/CE relative à la protection des jeunes au travail<sup>70</sup>, que l'article L. 4153-9 du code du travail français, qui permet de déroger à l'interdiction d'employer des jeunes de moins de dix-huit ans à des travaux dangereux et dont

65 CJCE, 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar c. Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et ministre de la fonction publique, de la réforme de l'État et de la décentralisation*, aff. C-366/99.

66 CJCE, 13 décembre 2001, *Henri Moufflin c. Recteur de l'académie de Reims*, aff. C-206/00.

67 CJUE, 17 juillet 2014, *Maurice Leone et Blandine Leone c. Garde des sceaux, ministre de la justice et Caisse nationale de retraite des agents des collectivités locales*, aff. C-173/13.

68 CE, 7 juin 2006, *Association Aides*, n° 285576.

69 CE, 18 décembre 2015, *Association nationale de défense des victimes de l'amiante*, n° 373968.

70 Directive 94/33/CE du Conseil, du 22 juin 1994, relative à la protection des jeunes au travail.

le silence semblait laisser « carte blanche » au pouvoir réglementaire pour en fixer les conditions, avait, dans son silence, imposé tout de même l'obligation prévue par la directive : que toute dérogation soit justifiée par une nécessité de formation professionnelle. Et le décret d'application qui n'avait pas respecté cette condition, tacitement portée par la loi, a été annulé pour cela.

Avec de tels propos, vous comprenez que j'ai souvent eu l'impression que les matières de droit du travail, ou du droit de la protection sociale, sans, la plupart du temps, se distinguer fondamentalement des autres, illustraient tout de même plus fortement, plus fréquemment, ces situations limites dans lesquelles l'application de la norme européenne et internationale est, soit l'occasion de conciliations aussi nécessaires que difficiles, soit, à l'inverse, un facteur d'élan permettant au juge de faire prévaloir des principes essentiels sur la forme, éventuellement défectueuse, de textes nationaux.

Après ce propos introductif, je laisse la parole aux participants de la table ronde et notamment au professeur Lhernould.

---

**Jean-Philippe Lhernould**

*Professeur de droit à l'université de Poitiers*

Merci M. le président. Je me propose, en tant qu'observateur, de prolonger votre intervention initiale en évoquant une question très précise qui intéresse les trois juridictions qui sont présentes à cette séance (Cour de justice de l'Union européenne, Conseil d'État et Cour de cassation). Il s'agit d'évaluer la dynamique des juridictions françaises en présence de normes de droit interne qui sont manifestement contraires à une directive sociale de l'Union européenne.

Vous avez fait remarquer que le droit du travail ne semblait pas être une matière spéciale au regard d'autres matières quand il s'agit de réfléchir sur l'articulation des normes. Cependant, l'on observe que le droit du travail, au niveau de l'Union européenne, est caractérisé par le fait d'être construit pour l'essentiel sur des directives. Certes pas uniquement ; et vous avez donné des exemples en ce sens, relatifs notamment à l'article 157 du TFUE. Mais nous avons ce *corpus* de normes issues de directives qui pose un problème essentiel : une directive n'est, en principe, pas applicable dans un litige entre un employeur et un salarié. Cette difficulté est susceptible de venir devant vos juridictions et vous place en position délicate, car les juridictions nationales sont tenues d'assurer la primauté des dispositions du droit de l'Union européenne et d'en garantir le plein exercice.

Par ailleurs, existe une obligation d'atteindre les résultats posés par la directive. Malheureusement, la juridiction nationale ne peut pas normalement appliquer cette directive au litige, quand bien même la norme de droit interne lui serait contraire. En effet, une directive ne peut pas créer d'obligation dans le chef des particuliers.

Comment résoudre cette difficulté ? Trois techniques sont employées pour réconcilier le droit national et le droit de l'Union. Elles reposent sur l'« éviction »,



l'« interprétation », et la « réparation ». La réparation sera laissée de côté ; il s'agit de la technique la moins satisfaisante. En effet, sa mise en œuvre fait suite à un constat d'échec : la norme interne contraire à la directive communautaire s'applique malgré tout au litige. La victime de la violation du droit de l'Union européenne peut néanmoins obtenir réparation. La réparation s'opère donc *a posteriori*.

Nos propos se concentreront sur les deux autres techniques, l'« éviction » et l'« interprétation conforme ».

## 1. L'éviction

L'éviction est ici définie comme la neutralisation de la norme interne viciée en tant que contraire à la directive de l'Union européenne. Quatre techniques s'appliquent pour procéder à l'éviction de la norme malade.

Commençons par un exemple. Dans un arrêt de la chambre sociale de la Cour de cassation du 3 juillet 2012<sup>71</sup>, celle-ci a évincé la norme directement incompatible pour lui substituer une autre norme légale permettant d'accueillir la solution du droit communautaire. Le litige portait sur la condition légale d'avoir accumulé une certaine durée de travail effectif pour ouvrir droit à des congés payés. La Cour de cassation évince cette disposition du code du travail, en tant qu'elle est contraire à la directive 2003/88/CE, et applique une autre disposition du code du travail afin de se conformer à la solution communautaire.

La deuxième méthode est plus classique. Lorsque l'employeur est une entité étatique (ou assimilée au sens de la jurisprudence de la CJUE), la norme nationale peut être écartée et la directive trouve à s'appliquer directement au litige.

La troisième méthode a été utilisée par la chambre sociale rapidement après que la Cour de justice l'a conceptualisée. La directive s'applique directement au litige parce qu'elle est l'expression d'un principe général du droit de l'Union européenne<sup>72</sup>. L'affaire dans laquelle cette méthode a été révélée concernait une discrimination en raison de l'âge. La Cour de justice a effectivement jugé, dans l'arrêt *Mangold*<sup>73</sup>, que le principe de non-discrimination en raison de l'âge est un principe général du droit de l'Union. La Cour de cassation a repris à son compte ce raisonnement dans un litige relatif à la mise à la retraite statutaire d'une employée administrative de l'opéra de Paris<sup>74</sup>, appliquant l'article 6 de la directive 2000/78/CE à la place du décret portant statut de la caisse de retraites des personnels de l'Opéra national de Paris.

71 C. cass., ch. soc., 3 juillet 2012, arrêt n° 1640 (08-44.834), publié au bulletin.

72 Ce n'est que depuis la transposition des directives « anti-discrimination » 2000/43/CE, 2000/78/CE et 2002/73/CE en matière d'emploi que l'âge est visé par la loi comme un critère interdit de discrimination, soit en France depuis la loi n° 2001-1066 du 16 novembre 2001 relative à la lutte contre les discriminations (v. M. Mercat-Bruns, « Discrimination fondée sur l'âge et fin de carrière », *in Retraite et société*, 2/2002, n° 36, pp.109-135).

73 CJCE, 22 novembre 2005, *W. Mangold c. R. Helm*, aff. C-144/04. V. également CJUE, Gde ch., 19 janvier 2010, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, aff. C-555/07.

74 C. Cass., ch. soc. 11 mai 2010, n° 08-43681.



La quatrième technique est plus familière au juge administratif. Si, par exemple, un décret est considéré comme incompatible avec une directive de l'Union, il sera accordé à la personne lésée le droit que lui aurait conféré l'application de la directive. C'est le raisonnement tenu à propos d'un décret statutaire qui ne permettait pas le report des congés payés d'une année sur l'autre en cas de maladie, impossibilité contraire à la directive 2003/88/CE<sup>75</sup>. L'acte réglementaire peut le cas échéant être annulé.

Vous citez, M. le président, la décision du Conseil d'État sur les moniteurs des colonies de vacances. C'est une décision intéressante, parce que vous avez considéré que le décret était compatible avec la directive – et je pense que l'on pouvait effectivement s'interroger sur la compatibilité au regard de la rédaction de la directive –, mais vous avez assorti cette validation de mesures de réserves qui conduisent à évoquer « l'interprétation conforme ».

## 2. L'interprétation conforme

L'interprétation conforme est la méthode « normale » de réception d'une directive du droit social de l'Union européenne. Comme l'affirme la Cour de justice de manière constante, la question de savoir si une disposition nationale, dans la mesure où elle est contraire au droit de l'Union, doit être laissée inappliquée ne se pose que si aucune interprétation conforme de cette disposition ne s'avère possible.

La jurisprudence de la chambre sociale de la Cour de cassation, qui est extrêmement dynamique, fait apparaître de multiples décisions appliquant l'interprétation conforme, *via* la formule caractéristique : « à la lumière de ... ». La formule se retrouve dans des décisions du Conseil d'État.

La question est la suivante : jusqu'où le juge national peut-il aller dans l'interprétation conforme ? A partir de quand entre-t-il dans ce que la CJUE appelle « l'interprétation *contra legem* », interprétation que la Cour de justice n'autorise pas à opérer ? La difficulté est donc de tracer la frontière entre ce qui est conforme et ce qui est *contra legem*. La CJUE ne livre pas une méthodologie de la technique de l'interprétation conforme. Arrêt après arrêt, elle utilise une formule type qui laisse aux juridictions nationales une grande marge d'appréciation. Les juridictions nationales n'ont pas, non plus, systématisé la technique de l'interprétation conforme. Il se peut, d'ailleurs, que cette systématisation – pour les raisons que vous évoquiez M. le président – ne soit pas opportune. D'un litige et d'un texte à l'autre, en fonction d'un contexte, notamment historique ou économique – on peut penser aux moniteurs de colonies de vacances –, le juge national s'accorde plus ou moins de liberté en matière d'interprétation.

Pour rendre les propos plus concrets, je souhaiterais évoquer deux exemples tirés de deux décisions (voisines) de la chambre sociale de la Cour de cassation concernant les congés payés.

---

75 CE, 8 janvier 2016, *M. B. D.*, n° 385818.



- C. cass., ch. soc., 13 mars 2013<sup>76</sup> : le code du travail comptabilise certaines absences comme du temps de travail effectif aux fins de déterminer le droit à congés payés. La loi énumère les motifs d'absence qui sont concernés par cette fiction juridique. Parmi eux, il y a le fait d'avoir été victime d'un accident du travail ou d'une maladie professionnelle. La Cour de cassation considère, en vertu de l'interprétation conforme, qu'un « accident de trajet » est assimilable à un accident du travail ou à une maladie professionnelle. En revanche, une maladie ordinaire ne peut pas y être assimilée. Autrement dit, dans le premier cas (accident de trajet), la Cour de cassation applique l'interprétation conforme à la directive 2003/88/CE<sup>77</sup>, pas dans le second cas (maladie ordinaire). La doctrine a pu s'interroger sur l'opportunité de cette distinction.

- Dans le second arrêt C. cass., ch. soc. du 22 juin 2016<sup>78</sup>, la question est voisine puisque la loi dispose, à propos des congés payés, qu'en cas d'accident du travail ou de maladie professionnelle, la période d'absence est assimilée à du temps de travail effectif « *dans la limite d'une durée ininterrompue d'un an* ». Cette durée limitée n'est pas conforme à la directive 2003/88/CE. La Cour de cassation a jugé que la loi, contraire à la directive, ne pouvait donc pas faire l'objet d'une interprétation conforme. N'était-il pas envisageable, afin de procéder à l'interprétation conforme, de priver la loi de sa partie viciée, dès lors qu'elle conservait une cohérence ? Ainsi, au lieu de « *Sont considérées comme périodes de travail effectif pour la détermination de la durée du congé : (...) 5° Les périodes, dans la limite d'une durée ininterrompue d'un an, pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle* », le juge aurait lu « *Sont considérées comme périodes de travail effectif pour la détermination de la durée du congé : (...) 5° Les périodes pendant lesquelles l'exécution du contrat de travail est suspendue pour cause d'accident du travail ou de maladie professionnelle* ». La proposition est audacieuse, mais elle n'est pas irréaliste. Dans un arrêt du 3 juillet 2012<sup>79</sup>, le juge a bien procédé à l'éviction de la loi polluée qui prévoyait qu'il fallait avoir travaillé au moins un mois dans l'année de référence pour avoir droit à des congés payés, pour lui substituer une autre norme légale qui, en réalité, ne concernait pas l'ouverture du droit mais le calcul du nombre de jours.

---

**Denis Piveteau**

*Président de la 4<sup>e</sup> chambre du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Compte tenu des interpellations faites aux récentes jurisprudences de la Cour de cassation, je me tourne vers le doyen Huglo pour qu'il veuille bien nous donner son avis.

---

76 C. cass., ch. soc., 13 mars 2013, arrêt n° 466 (11-22.285).

77 Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

78 C. cass., ch. soc., 22 juin 2016, arrêt n° 1289 (15-20.111).

79 C. cass., ch. soc., 3 juillet 2012, arrêt n° 1640 (08-44.834).

Je remercie le professeur Lhernould d'avoir mis « le doigt sur la plaie », mais une plaie qui concerne essentiellement la Cour de cassation, c'est-à-dire l'absence d'effet direct horizontal des directives<sup>80</sup>, situation à laquelle le Conseil d'État est plus rarement confronté. Nous avons tenté toutes les manœuvres de contournement qui permettraient d'apporter une solution à ladite absence d'effet direct horizontal des directives. Comme la Cour de justice elle-même a permis, dans certains cas, d'invoquer un « principe général du droit de l'Union », notamment en matière de discrimination fondée sur l'âge, nous avons pensé pouvoir discerner un principe général du droit de l'Union en matière de droits à congés payés et de droit au repos, dans la mesure où un certain nombre d'arrêts de la Cour de justice mentionnaient que le droit au repos est une « règle de droit social revêtant une importance particulière »<sup>81</sup>.

De sorte que l'on se demandait quelle était cette notion de règle de droit social d'importance particulière. Fallait-il en déduire qu'il s'agissait d'un principe général du droit de l'Union qui permettrait, comme pour les discriminations en raison de l'âge, de contourner l'absence d'effet direct horizontal des directives en matière de temps de travail ? D'où la question préjudicielle que nous avons posé dans l'affaire *Maribel Dominguez*<sup>82</sup> où la CJUE nous a répondu deux choses : d'une part les normes de droit social « d'importance particulière » ne sont pas un principe général du droit de l'Union – on se demande donc à quoi sert ce libellé utilisé par la CJUE dont elle n'a pas souhaité tirer de conséquences juridiques particulières – ; d'autre part la Cour ajoutait, dans le même arrêt, que nous avons dans notre code du travail un article qui permettrait, par interprétation, d'apporter la solution au litige dont nous étions saisis – ce qui est pour le moins assez inhabituel –, qui est l'article L. 223-4 du code du travail. Nous avons accepté de suivre les recommandations de la CJUE parce que nous étions dans le chapitre des accidents du travail et des maladies professionnelles. C'est la limite de l'interprétation conforme. Dans un autre arrêt du 13 mars 2013<sup>83</sup>, que vous avez évoqué s'agissant des maladies non professionnelles, nous n'avons pas pu appliquer cet article qui n'était pas applicable, et nous en sommes restés à l'interprétation de la loi sans que l'on franchisse la barre d'une interprétation *contra legem*.

Je signale également que la chambre sociale de la Cour de cassation a développé d'autres méthodes de contournement de l'absence d'effet direct horizontal des directives, et notamment la fameuse question préjudicielle dans l'affaire *Association de médiation sociale*<sup>84</sup> où nous cherchions à savoir si certains articles de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui comporte tout un chapitre

80 L'effet direct horizontal permet l'invocabilité de la directive entre particuliers.

81 CJUE, 11 novembre 2010, *Dita Danosa c. LKB Lízings SIA*, aff. C-232/09 (points 68-70 et point 74 disp. 2).

82 CJUE, Gde ch., 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique et préfet de la région Centre*, aff. C-282/10.

83 C. cass, ch. soc., 13 mars 2013, arrêt n° 466 (11-22.285).

84 CJUE, Gde ch., 15 janvier 2014, *Association de médiation sociale c. Union locale des syndicats CGT e.a.*, aff. C-176/12.

intéressant sur les droits sociaux fondamentaux, ne pouvaient pas être considérés d'effet direct, voire même – s'ils ne sont pas en eux-mêmes suffisamment précis et inconditionnels – être rendus plus précis par les directives de l'Union européenne qui ont été adoptées dans le domaine considéré selon une technique que la Cour de justice a utilisée, notamment dans l'arrêt *Mangold* de 2005 que vous avez cité. La réponse de la CJUE a été de dire que cela n'était pas possible et que l'article 27 de la Charte, sur lequel nous avons posé la question préjudicielle (sur les droits d'information et de consultation des travailleurs), n'était pas suffisamment clair et précis pour être d'effet direct.

Cela ne signifie pas que cette voie soit sans issue. J'ai bon espoir qu'un jour nous puissions avoir un litige suffisamment clair pour poser une question préjudicielle au titre de l'article 31 de la Charte qui concerne les congés payés. En effet, dans un certain nombre de décisions, la CJUE elle-même a appliqué d'office ledit article 31 dans des litiges concernant les fonctionnaires de l'Union européenne. Donc, peut-être estimera-t-elle qu'il est suffisamment clair et précis.

Cela renvoie à une question plus générale, à savoir une sorte de contradiction interne dans la notion même d'effet direct : plus la norme est fondamentale, plus elle est internationale et considère des États nombreux avec des économies différentes, moins elle peut être précise ; et dès lors, plus la question de l'effet direct devient difficile.

Et je trouve que là est la *particularité* du droit social : lorsque l'on entre dans la question des droits sociaux fondamentaux, l'on se heurte à l'obstacle résultant de ce que le progrès social n'est pas, en lui-même, d'effet direct. Le droit est seulement un moyen permettant d'atteindre cet objectif. Il est extrêmement difficile dès lors de déterminer une norme sociale fondamentale substantielle. D'ailleurs, regardons ce qui se passe avec la Convention européenne des droits de l'homme : vous avez les droits fondamentaux « classiques » avec une juridiction chargée de les appliquer et dont les décisions s'imposent aux États membres. Mais quand vous faites le parallèle avec la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe, vous avez une Charte dont, jusqu'ici, la chambre sociale a toujours refusé de reconnaître l'effet direct, avec un Comité européen des droits sociaux dont les décisions ne sont pas directement applicables en droit interne.

L'on voit donc une différence assez grande, et je crains un peu que, dans la jurisprudence de la CJUE sur la Charte des droits fondamentaux, cette différence, quant à la reconnaissance de l'effet direct, existe aussi selon que l'on est dans des droits fondamentaux « classiques » ou dans des « droits sociaux fondamentaux ».

---

**Denis Piveteau**

*Président de la 4<sup>e</sup> chambre du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Il y a effectivement cette différence assez forte entre un juge administratif et un juge judiciaire. On a l'impression que le juge administratif n'est pas confronté à la problématique de l'absence d'effet direct horizontal des directives. Et l'on pense



parfois – j’ai déjà entendu cette explication – que cela vient de ce que l’employeur est une personne publique, qui ne pourrait donc pas abriter son comportement d’employeur derrière le fait que la directive n’est pas transposée ; parce que pèserait sur elle, en tant que personne publique, le reflet de l’obligation de transposition qui pèse sur l’Etat. Cette explication n’est évidemment pas du tout la bonne : la raison est au contraire à chercher du côté des spécificités du contentieux de l’excès de pouvoir. C’est un point important à rappeler au moment où, quelquefois, ce mode d’action historique est quelque peu décrié. Le cœur de l’excès de pouvoir dirigé contre des décisions que l’on peut qualifier « d’administratives » est que l’on va contrôler celles-ci à l’égard de toute la hiérarchie des normes sur le fondement desquelles elles ont été prises et que, par voie de conséquence, si l’une de ces normes ne respecte pas ou n’est pas compatible avec les objectifs d’une directive, elle sera écartée et la décision annulée. Il ya là quelque chose d’assez fondamental dans la nature même du contrôle de l’excès de pouvoir.

---

### **Stéphane Gervasoni**

*Conseiller d’État, président de chambre au Tribunal de l’Union européenne*

Je voudrais soumettre quelques très brefs éléments de réponse au professeur Lhernould sur son interrogation : peut-on systématiser l’interprétation conforme ? Je ne le crois pas. Il faut que les juges nationaux, les praticiens, aient en tête la boussole qu’utilisent les juges internationaux, qui est assez robuste et qui éclaire les résultats. Une directive ne peut pas créer d’obligation dans le chef des particuliers, et la jurisprudence est absolument constante depuis trente ans sur ce point puisqu’une directive n’est pas un règlement. Là où l’Union ne peut pas adopter de règlements, mais seulement des directives, le législateur de l’Union ne peut pas imposer des obligations aux particuliers, notamment aux employeurs en droit social. On trouve là la limite de l’interprétation conforme. L’on peut faire une interprétation conforme à des fins d’éviction, à condition – comme le soulignait le professeur Lhernould – de retrouver une autre norme que l’on puisse imposer aux particuliers employeurs ; mais le faire *ex nihilo*, c’est-à-dire évincer une norme nationale pour retomber sur l’application de la directive, n’est pas possible ; au risque sinon de créer des obligations, en particulier sur le fondement unique d’une directive. Et je crois que la Cour est de plus en plus attachée à son rôle de juge constitutionnel et n’est pas prête à renoncer de sitôt à cette distinction fondamentale entre directive et règlement.

C’est le grand mur indépassable, l’horizon au-delà duquel on ne sait pas ce qui peut se passer : tel est l’effet direct des directives dans les litiges horizontaux ; et je pense que la Cour ne pourra pas s’engager sur cette voie-là avant de réfléchir très sérieusement aux conséquences qui en découleraient ; même si ce défaut d’invocabilité des directives dans les litiges entre particuliers est récurrent. Et la Cour a bien conscience des inconvénients que représente sa jurisprudence, notamment le fait que des salariés du secteur public soient mieux traités que des salariés du secteur privé, parce que les salariés du secteur public peuvent invoquer, à l’encontre de leur employeur public, un défaut de transposition d’une directive.

En résumé, l'on ne peut pas évincer une norme nationale pour appliquer directement une directive.

---

**Denis Piveteau**

*Président de la 4<sup>e</sup> chambre du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Au risque de me répéter : si l'on peut invoquer une directive à l'encontre de l'employeur public, ce n'est pas parce que celui-ci serait comptable d'une absence de transposition là où l'employeur privé ne le serait pas ; mais parce que, contre les actes administratifs de l'employeur est public, l'on peut introduire un contentieux de l'excès de pouvoir.

---

**Stéphane Gervasoni**

*Conseiller d'État, président de chambre au Tribunal de l'Union européenne*

C'est l'exception d'illégalité des directives pour palier l'insuffisance ou le défaut de transposition que l'on peut attribuer à la puissance publique, au législateur et à tous ses démembrements. Mais là où cette dimension n'existe pas, là où la confrontation oppose des personnes privées, la directive ne peut pas créer d'obligations.

---

**Denis Piveteau**

*Président de la 4<sup>e</sup> chambre du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Je donne la parole au doyen Huglo, qui va pouvoir poursuivre et amplifier l'exposé déjà très stimulant qu'il nous a fait en réaction aux propos du professeur Lhernould.

---

**Jean-Guy Huglo**

*Conseiller doyen à la chambre sociale de la Cour de cassation*

Mes propos vont se concentrer sur le rôle de la Cour de cassation française dans l'application des normes européennes et internationales en droit du travail.

Pour ce faire, mon exposé s'articule autour de deux axes. Le premier axe examine le rôle de la Cour de cassation en ce qui concerne la réception « procédurale » de la norme européenne et internationale, la place que nous allons lui reconnaître dans le litige, avec l'éventuelle adaptation de nos processus d'application du droit. Le second axe, quant à lui, a trait à l'influence que la Cour de cassation est prête à reconnaître, en dehors même de son champ d'application, aux normes européennes et internationales en tant que normes substantielles.



## 1. La redéfinition du rôle de la Cour de cassation en tant que cour régulatrice

1.1. *Le relevé d'office du droit de l'Union européenne et notamment de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne y compris pour des litiges dont les faits se situent avant le 1<sup>er</sup> décembre 2009*<sup>85</sup> :

Depuis très longtemps, la Cour de cassation, de manière globale, soulève d'office un certain nombre de normes européennes, notamment de directives – ce qui suppose qu'elles soient d'effet direct, mais pas seulement, notamment lorsqu'il s'agit de faire de l'interprétation conforme. En effet, la chambre sociale soulève d'office l'existence de normes européennes ou internationales, même lorsqu'elles ne sont pas d'effet direct, dès lors qu'il s'agit seulement de faire de l'interprétation conforme de la norme de droit interne. Il s'agit donc d'un guide pour l'interprétation de notre droit national.

Je voudrais citer deux exemples. Le premier est l'arrêt sur les forfaits-jours du 29 juin 2011<sup>86</sup> où le visa cite l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne sur le droit à des conditions de travail qui respectent la santé du travailleur.

Le second exemple est l'arrêt du 17 mai 2011<sup>87</sup>, fondé sur l'article 27 de la Charte reconnaissant le droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise, où nous avons jugé : « *Il résulte de l'application combinée de l'alinéa 8 du Préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, de l'article 27 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, des articles L. 2323-1 et L. 2324-5 du code du travail, de l'article 1382 du code civil et de l'article 8 § 1 de la directive 2002/14/CE du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et la consultation des travailleurs dans la Communauté européenne que l'employeur qui, bien qu'il y soit légalement tenu, n'accomplit pas les diligences nécessaires à la mise en place d'institutions représentatives du personnel, sans qu'un procès-verbal de carence ait été établi, commet une faute qui cause nécessairement un préjudice aux salariés, privés ainsi d'une possibilité de représentation et de défense de leurs intérêts* ».

Nous l'avons fait également pour des faits antérieurs au 1<sup>er</sup> décembre 2009, car nous considérons que les droits fondamentaux ne sont pas nés dans l'Union européenne le 1<sup>er</sup> décembre 2009. À partir du moment où il ne s'agit pas d'écarter une norme de droit interne, mais uniquement de faire de l'interprétation conforme, nous pouvons relever d'office le texte européen pour nous en inspirer quant à l'interprétation de telle disposition du code du travail.

Enfin, nous avons procédé au relevé d'office d'une convention internationale s'agissant des élections dans les très petites entreprises où, à propos de la situation

---

<sup>85</sup> Date d'entrée en vigueur du traité de Lisbonne qui renvoie à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

<sup>86</sup> C. cass, ch. soc., 29 juin 2011, n° 09-71107, Bull. V n° 181 (V. aussi : Soc., 31 janvier 2012, pourvoi n° 10-19807, Bull. 2012, V, n° 43 ; Soc., 26 septembre 2012, pourvoi n° 11-14540, Bull. 2012, V, n° 250 ; Soc., 24 avril 2013, pourvoi n° 11-28398, Bull. 2013, V, n° 117).

<sup>87</sup> C. cass, ch. soc., 17 mai 2011, n° 10-12852, Bull. V n° 108.



du syndicat des travailleurs corses, nous avons fait application d'office de la convention n° 87 de l'OIT concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical<sup>88</sup>.

## *1.2. La redéfinition de l'intensité du contrôle*

L'irruption du droit européen ou du droit international peut conduire la Cour de cassation à modifier l'intensité de son contrôle sur les décisions des juges du fond.

Le contrôle de qualification est ainsi exercé par la Cour de cassation et il n'est plus renvoyé au pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond dès lors que la notion en cause est définie de façon autonome par le droit de l'Union. Cela est illustré par un arrêt du 15 novembre 2011<sup>89</sup> où nous avons appliqué l'arrêt de la CJUE du 29 juillet 2010 (CJUE, 15 novembre 2011, *UGT-FSP*, aff. C-151/09), sur la notion du maintien de l'autonomie en cas de transfert d'une entité économique autonome, s'agissant de la question de la survie des institutions représentatives du personnel au sein de l'entreprise d'accueil.

Il doit être noté que, dans l'arrêt précité de la CJUE du 29 juillet 2010, la notion d'autonomie est entendue au sens du droit international public. Elle n'est pas définie par renvoi au droit interne de chaque État membre, mais par le texte européen lui-même. La CJUE donne ainsi, dans cet arrêt, une définition de ce qu'est le maintien de l'autonomie de l'entité transférée au sein du nouvel employeur.

Dès lors, la chambre sociale de la Cour de cassation a décidé de reprendre le contrôle de cette notion en estimant, à partir du moment où elle était devenue une notion juridique issue du droit de l'Union européenne, qu'elle ne pouvait plus abandonner cette appréciation au pouvoir souverain des juges du fond et qu'il fallait qu'elle-même en contrôle le respect par les cours d'appel.

C'est très important, car si l'on parle toujours en matière de droit de l'Union européenne du principe d'« effet direct » et du principe de « primauté », je pense qu'il existe un troisième principe tout aussi important qui est le principe de « l'application uniforme » du droit de l'Union au sein des États membres. Mais, une fois acquis que le droit de l'Union s'applique de manière uniforme au sein des États membres, encore faut-il qu'il s'applique aussi de manière uniforme à l'intérieur même de chaque État membre. La jurisprudence du 15 novembre 2011 ressort donc de la volonté de la Cour de cassation de veiller à ce que le droit de l'Union européenne, au sein de la République française, s'applique également de manière uniforme.

## *1.3. L'interprétation conforme du droit de l'Union européenne et ses limites*

### *1.3.1. L'interprétation conforme*

L'interprétation et l'application conformes au droit de l'Union en présence d'une disposition législative et d'un accord national interprofessionnel contradictoires :

<sup>88</sup> C. cass., ch. soc., 9 septembre 2016, n° 16-20605.

<sup>89</sup> C. cass., ch. soc. 15 novembre 2011, n° 1023609, Bull. V n° 264.



Une décision très commentée du 9 mars 2011 (C. cass., ch. soc., 9 mars 2011, n° 1011581, Bull. V n° 70, *Norbert Dentressangle*), s'agissant des ruptures conventionnelles et de leur prise en compte pour l'évaluation des seuils en matière de licenciements économiques collectifs témoigne de la difficulté (cf. dans une situation similaire : CJUE, 16 juillet 2009, *Mono Car Styling*, aff. C-12/08).

Les licenciements économiques déterminent l'obligation pour l'employeur de faire un plan de sauvegarde de l'emploi et un certain nombre de consultations du comité d'entreprise.

Il se trouve que l'Accord national interprofessionnel (ANI) dit clairement que les ruptures conventionnelles doivent être prises en compte au titre de la réglementation en matière de licenciements économiques collectifs ; alors que la loi qui a suivi dit exactement le contraire. Quant à la directive sur les licenciements économiques collectifs, elle précise qu'il faut prendre en compte toutes les ruptures à l'initiative de l'employeur.

Dans l'affaire *Norbert Dentressangle*, nous avons un employeur qui avait déclaré au comité d'entreprise : « *il faut que je supprime six cents emplois, mais je vais privilégier des ruptures conventionnelles* ». Il en est résulté un arrêt rendu par la chambre sociale de la Cour de cassation, avec un visa « *imaginatif* » – que nous n'avons jamais reproduit depuis, mais qui pourrait dans une circonstance similaire être réitéré – qui a consisté à dire que les ruptures conventionnelles devaient être prises en compte dans l'évaluation du seuil des licenciements économiques collectifs, le visa étant : vu l'article du code du travail, la loi et l'ANI « *appliqués à la lumière de la directive* » ; en ce sens qu'il y en a un qui est appliqué et l'autre qui ne l'est pas.-C'est donc une application par absence d'application, chose pour le moins originale.

Certains auteurs ont dit qu'il s'agissait d'une application *contra legem*, ce que je ne crois pas, car la CJUE avait recommandé à un juge national de faire exactement la même chose dans l'affaire *Mono Car Styling* du 16 juillet 2009 (arrêt précité) où il existait une convention collective nationale en Belgique qui tenait lieu d'ANI, conforme en ce qui concerne les obligations de consultation de l'employeur à la directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, et la loi belge qui était contraire. Et la CJUE de dire : au titre de l'interprétation conforme, lorsque le juge a deux normes internes, dont l'une est conforme à la directive et l'autre ne l'est pas, il doit choisir d'appliquer la norme qui est conforme. Donc, je pense que l'on reste encore dans l'interprétation conforme, sauf qu'il faut dissiper les ambiguïtés sur ce que l'on entend par « *interprétation conforme* » : il s'agit de l'interprétation conforme de l'ensemble du droit national, et non pas de telle loi ou de tel article du code du travail.

Pour rebondir sur ce qui a été dit précédemment par le président Gervasoni, ce n'est pas du tout l'application directe de la directive, puisque nous avons dans l'ordre interne un texte (l'ANI) qui est conforme à la directive et que l'employeur doit appliquer.



### 1.3.2. Les limites de l'interprétation conforme

Les limites de l'interprétation conforme concernent en premier lieu la non-intégration en droit français de l'obligation résultant de la directive « transfert »<sup>90</sup>, en l'absence d'institutions représentatives du personnel, d'informer tous les salariés du projet de transfert<sup>91</sup>.

Elle concerne en second lieu le droit au congé annuel. Après avoir accepté d'interpréter l'article L. 223-4 du code du travail conformément à l'article 7, paragraphe 1, de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail aux fins d'assimiler l'absence du travailleur pour cause d'accident de trajet à une absence pour accident du travail (C. cass., ch. soc., 3 juillet. 2012, n° 0844834, Bull. V n° 204, rendu après l'arrêt de la CJUE du 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez*, aff. C-282/10), nous avons en revanche jugé, s'agissant des maladies non professionnelles, qu'une directive ne pouvant permettre, dans un litige entre des particuliers, d'écarter les effets d'une disposition du droit national contraire, une cour d'appel retient à bon droit, au regard de l'article L. 3141-3 du code du travail, qu'un salarié ne peut pas prétendre, sur le fondement de la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, au paiement d'une indemnité compensatrice de congés payés au titre d'une période de suspension de son contrat de travail pour cause de maladie, alors que cette période ne relève pas de l'article L. 3141-5 de ce code<sup>92</sup>.

## 2. Le rôle de la Cour de cassation quant à la définition de la norme substantielle en droit du travail et l'influence des normes européennes et internationales

### 2.1. L'influence du droit de l'Union en matière de congés payés et de temps de travail

Jusqu'ici, la chambre sociale avait une vision très patrimoniale du congé payé : le salarié acquiert un certain nombre de congés payés qui finissent par avoir une valeur monétaire. Or, la CJUE dans sa jurisprudence a une vision complètement différente : pour elle, il s'agit d'une règle de protection de la santé du salarié. Ce qui a conduit la chambre sociale à réviser un certain nombre de jurisprudences et notamment à dire, par exemple, qu'il appartient à l'employeur de démontrer

---

90 Directive 2001/23/CE du Conseil du 12 mars 2001 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transfert d'entreprises, d'établissements ou de parties d'entreprises ou d'établissements.

91 C. cass., ch. soc., 18 novembre 2009, n° 08-43397, Bull. V n° 256. Voir également, Soc. 17 décembre 2013, n° 12-13503, Bull. V n° 307 : « *Mais attendu, d'abord, que faute d'avoir été transposée en droit interne, l'obligation d'information prévue par l'article 7 § 6 de la directive 2001/23/CE du 12 mars 2001 ne pouvait être mise à la charge de l'employeur* ».

92 C. cass., ch. soc. 13 mars 2013, n° 11-22285, Bull. V n° 73.



– la charge de la preuve pesant sur lui – qu’il a mis effectivement le salarié en mesure de pouvoir prendre ses congés payés<sup>93</sup>.

Par ailleurs, la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l’Union européenne et des durées maximales fixées par le droit interne incombe à l’employeur (C. cass., ch. soc., 25 septembre 2013, n° 1213267).

Enfin, les dispositions de l’article L. 3171-4 du code du travail relatives à la répartition de la charge de la preuve des heures de travail effectuées entre l’employeur et le salarié ne sont applicables ni à la preuve du respect des seuils et plafonds prévus par le droit de l’Union européenne, ni à la preuve de ceux prévus par les articles L. 3121-34 et L. 3121-35 du code du travail, qui incombe à l’employeur (C. cass., ch. soc., 20 février 2013, n° 1128811, Bull. V n° 5 ; v. aussi : C. cass., ch. soc., 20 février 2013, n° 1121848, Bull. V n° 51 ; et C. cass., ch. soc., 17 octobre 2012, n° 1017370, Bull. V n° 267).

## 2.2. L’influence du droit européen de la discrimination sur la jurisprudence française en matière d’égalité de traitement

On ne peut pas comprendre la jurisprudence sur l’égalité de traitement – qui a fait couler beaucoup d’encre – si l’on ne comprend pas qu’à l’origine cela provient des directives et de la jurisprudence de la CJUE en matière de discrimination.

Les arrêts du 8 juin 2011 confirment ainsi, en ce qui concerne les différences de traitement en considération du statut catégoriel, qu’une différence de traitement entre deux salariés placés dans une situation identique constitue une inégalité de traitement, sauf s’il existe des éléments objectifs dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence (C. cass., ch. soc., 8 juin 2011, n° 1014725, Bull. V n° 155 ; C. cass., ch. soc., 8 juin 2011, n° 1011933 et n° 1011663, Bull. V n° 143). Il s’agit là d’un système très fortement inspiré par le renversement partiel de la charge de la preuve en matière de discrimination. Les arrêts du 8 juin 2011 précités restent applicables, en tout cas pour les actes unilatéraux de l’employeur.

Mais la série d’arrêts rendus le 27 janvier 2015 (Soc. n° 13-22179, Bull. V n° 9 ; n° 13-14773, Bull. V n° 8 ; n° 13-25437, Bull. V n° 10) établit une présomption de justification des différences de traitement en matière de catégories professionnelles en faveur des accords collectifs et des conventions collectives, sauf à ce que ces différences de traitement soient étrangères à « *toute considération de nature professionnelle* ».

---

93 C. cass., ch. soc., 29 juin 2011, n° 1014743, Bull. V n° 184 : « *Les différentes prescriptions énoncées par les directives européennes 93/104/CE du Conseil du 23 novembre 1993 et 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 en matière de temps minimal de repos constituent des règles de droit social d’une importance particulière dont doit bénéficier chaque travailleur en tant que prescription minimale nécessaire pour assurer la protection de sa sécurité et de sa santé* ». V. également en ce sens : C. cass., ch. soc., 13 juin 2012, n° 11-10929, Bull. V n° 187, sur les obligations de l’employeur en ce qui concerne la prise par le salarié des congés : « *Attendu qu’eu égard à la finalité qu’assigne aux congés payés annuels la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l’aménagement du temps de travail, il appartient à l’employeur de prendre les mesures propres à assurer au salarié la possibilité d’exercer effectivement son droit à congé, et, en cas de contestation, de justifier qu’il a accompli à cette fin les diligences qui lui incombent légalement* ».



Certes, par cette jurisprudence, la Cour de cassation s'éloigne de l'influence exercée par le droit européen en ce qui concerne la charge de la preuve : la CJUE ne faisant, en matière de discrimination, aucune différence selon la source de la discrimination, qu'elle résulte de dispositions législatives ou réglementaires, de conventions collectives (par exemple : CJCE, 27 juin 1990, *Kowalska*, aff. C-33/89, Rec. I p. 2591 ; CJCE, 7 février 1991, *Nimz*, aff. C-184/89, Rec. I p. 297), ou d'accords d'entreprise (CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, aff. 170/84, Rec. p. 1607).

Toutefois, il convient de rappeler que, malgré les termes employés par les directives de l'Union européenne, le droit de l'Union est un droit de la discrimination et non de l'égalité de traitement au sens où l'entend la jurisprudence française, ce qui suppose nécessairement l'existence d'un motif discriminant prohibé, tel que la considération du sexe (*cf.* les directives en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes, notamment la directive 2006/54/CE du 5 juillet 2006), de l'âge, du handicap, des convictions religieuses ou de l'orientation sexuelle (*cf.* directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000), de la race ou de l'origine ethnique (*cf.* directive 2000/43/CE du 29 juin 2000).

En revanche, depuis l'arrêt *Ponsolle*<sup>94</sup>, la chambre sociale s'est affranchie de toute exigence d'un motif discriminant, d'abord en matière de rémunération, puis de façon plus générale à compter de l'arrêt *Pain* du 1<sup>er</sup> juillet 2009<sup>95</sup>. Même si, incontestablement, le droit de l'Union européenne a exercé son influence, notamment en ce qui concerne le renversement partiel de la charge de la preuve en faveur du salarié, l'on ne se trouve pas *stricto sensu* dans le champ d'application du droit de l'Union.

Par ailleurs, la chambre sociale s'était déjà éloignée du droit européen en refusant de reprendre à son compte, en matière d'égalité de traitement, l'exigence imposée par la jurisprudence de la CJUE d'une « source unique » de la discrimination qui soit en mesure, une fois celle-ci constatée par le juge, de rétablir l'égalité de traitement au profit du groupe défavorisé (CJCE, 17 décembre 2002, *Lawrence*, aff. C-320/00, Rec. I p. 7325 ; CJCE, 13 janvier 2004, *Allonby*, aff. C-256/01, Rec. I p. 873), dès lors que la chambre sociale décidait d'appliquer le principe d'égalité de traitement, même lorsque la différence de traitement résulte de conventions collectives distinctes (C. cass., ch. soc., 4 décembre 2013, n° 12-19793, Bull. V n° 300 ; C. cass., ch. soc., 15 octobre 2014, n° 13-18006, précités).

## Conclusion

Pour conclure, je souhaiterais évoquer la question, restée quelque peu en filigrane dans mon propos, qui est celle de l'effet direct, question qui se pose de manière différente selon qu'il s'agit de droit européen ou de droit international.

Sur la notion d'effet direct, il n'existe pas de difficultés s'agissant des normes de l'Union européenne puisqu'il est dans le rôle de la Cour de justice de décider si telle disposition d'une directive ou tel article des traités ou de la Charte des droits fondamentaux est d'effet direct.

<sup>94</sup> C. cass., ch. soc., 29 octobre 1996, n° 92-42.291 P.

<sup>95</sup> C. cass., ch. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2009, n° 07-42.675.



Mais le juge national demeure sans appui s'agissant de la norme internationale, notamment les conventions de l'OIT et la Charte sociale européenne du Conseil de l'Europe.

Or, la question de l'effet direct n'est pas sans lien avec celle de la mutabilité de la norme et de sa nécessaire adaptation à l'évolution économique et sociale de nos sociétés.

De quoi s'agit-il ? Nos sociétés et nos économies évoluent selon un rythme de plus en plus rapide. Or, l'on ne modifie pas une convention internationale comme l'on modifie un acte réglementaire, voire une disposition législative – en tout cas en France. Dans ce contexte, la question est de savoir si le juge, lorsqu'il examine les critères de l'effet direct, ne doit pas aussi regarder si cette norme, non seulement, est suffisamment claire et précise pour être applicable devant un juge, mais aussi applicable par le corps social au moment même où le juge devra statuer.

La réponse n'est pas très difficile en matière de droit de l'Union européenne dans la mesure où, à part quelques directives de 1977 qui reprennent des solutions du droit français<sup>96</sup>, le droit du travail européen est assez récent. En revanche, pour certaines conventions de droit international du travail, voire même pour la Charte sociale européenne, dont on sent qu'elles sont inspirées par un état d'esprit issu de la période des « trente glorieuses », l'on peut se poser la question de savoir si le juge doit ou non, dans l'appréciation de l'effet direct, prendre cet élément-là en compte.

## Appendice

La chambre sociale de la Cour de cassation a été conduite à reconnaître, soit de façon expresse soit de façon implicite, l'application directe de plusieurs conventions de l'OIT ratifiées par la France :

- Convention n° 3 sur la protection de la maternité (C. cass., ch. soc., 4 février 1987, n° 85-131.20, Bull. n° 66) ;

- Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical (C. cass., ch. soc., 3 mars 2010, n° 09-60.283, Bull. n° 54 ; C. cass., ch. soc., 16 février 2011, n° 10-60.189 ; cf. également : ch. mixte, 10 avril 1998, n° 97-17.870, Bull. n° 2) ;

- Convention n° 98 sur le droit d'organisation et de négociation collective (C. cass., ch. soc., 14 avril 2010, n° 09-60.426, Bull. n° 100 ; C. cass., ch. soc., 1<sup>er</sup> décembre 2010, n° 10-60.117 ; C. cass., ch. soc., 23 mars 2011, n° 10-60.185) ;

- Convention n° 135 concernant la représentation des travailleurs (C. cass., ch. soc., 14 avril 2010, 1<sup>er</sup> décembre 2010, 23 mars 2011) ;

---

96 V. les directives (modifiées) 77/187/CEE du Conseil du 14 février 1977 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements, et 77/579/CEE du Conseil du 25 juillet 1977 concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la signalisation de sécurité sur le lieu du travail.



- Convention n° 158 sur le licenciement (C. cass., ch. soc., 29 janvier 2008, n° 06-44.983, Bull. n° 27 ; C. cass., ch. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2008, n° 07-44.124, Bull. n° 146 ; C. cass., ch. soc., 4 juin 2009, n° 08-41.359, Bull. n° 146 ; C. cass., ch. soc., 14 avril 2010, précités) ;
- Convention n° 180 sur la durée de travail des gens de mer et les effectifs des navires (C. cass., ch. soc., 18 janvier 2011, n° 09-40.094, Bull. n° 25).

---

**Denis Piveteau**

*Président de la 4<sup>e</sup> chambre du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Parmi les intervenants, quelqu'un souhaite-t-il intervenir pour des remarques ou des questions ?

---

**Stéphane Gervasoni**

*Conseiller d'État, président de chambre au Tribunal de l'Union européenne*

J'ai déjà dit quelques mots au sujet de l'interprétation conforme et des limites des possibilités d'application des directives. Je pense que le juge, à certains moments, ne peut pas faire tout ce qu'il souhaite ; et lorsque l'on constate que la directive reste inappliquée, faute pour le juge national d'y trouver les ressources suffisantes pour écarter sa loi contraire, d'autres formes de voies de droit existent encore, qu'il faut avoir présentes à l'esprit. Le professeur Lhernould citait l'action en réparation. Le tribunal administratif de Clermont-Ferrand s'est engagé en 2016 sur cette voie pour accorder un dédommagement, certes modique, à un salarié qui n'avait pas pu bénéficier de jours de congés en raison de la contrariété de la loi française à la directive<sup>97</sup>.

Une question que je me pose en tant que praticien du droit au Tribunal de l'Union européenne est : pourquoi un tel déclin des actions en manquement en matière sociale ? Certes, depuis quelques années, l'on constate un déclin général des procédures de manquement ; par exemple il y a eu l'an dernier à la Cour de justice une trentaine de recours en manquement contre deux fois moins il y a cinq ans, et la matière sociale est assez peu représentée dans ces actions en manquement. La question peut se poser de savoir pourquoi la Commission renonce à faire usage de ses prérogatives pour aiguillonner les États membres à combler les vides de transposition des directives. Il y a dix ou quinze ans, il y avait encore des actions systématiques de manquement en cas de défaut de transposition des directives. Lorsque le juge constate qu'il est impuissant pour surmonter les contradictions, pourquoi le relai ne serait-il pas pris par la Commission qui pourrait mettre les États membres sous son contrôle en matière sociale ?

---

<sup>97</sup> TA de Clermont-Ferrand, 6 avril 2016, n° 1500608.



---

**Denis Piveteau**

*Président de la 4<sup>e</sup> chambre du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Professeur Lhernould, avez-vous eu votre réponse sur la question du taux d'élasticité ?

---

**Jean-Philippe Lhernould**

*Professeur de droit à l'université de Poitiers*

J'y reviendrai dans un instant, mais auparavant je souhaiterais faire quelques remarques. Sur les recours en manquement, il est frappant de constater que la Commission y a quasiment renoncé ; mais, pire encore : lorsque l'on regarde la jurisprudence des vingt-quatre derniers mois sur les recours en manquement « droit social » – qui sont d'ailleurs plutôt « sécurité sociale » –, la Commission a pratiquement perdu toutes les affaires ; et lorsque l'on regarde les arrêts, l'on ne comprend pas la stratégie de la Commission, c'est-à-dire qu'elle s'est engagée sur les mauvaises voies et que les affaires semblaient perdues d'avance. *A contrario*, si l'on prend l'exemple de la directive 2003/88/CE sur le temps de travail, la Commission a constaté que vingt-sept des vingt-huit États membres sont en violation de ladite directive sur une disposition ou une autre, mais ne bouge pas.

Dans ce contexte, l'on sent donc un certain flottement, ce qui permet peut-être de rebondir sur la référence au principe de l'application uniforme. Mais l'on voit quand même apparaître de plus en plus dans les décisions – dont celles du Conseil d'État – la référence à la « large marge d'appréciation », notion que l'on trouve souvent dans les arrêts de la Cour EDH et qui est en train d'arriver dans le droit de l'Union. Certes, cette large marge d'appréciation donne de l'élasticité pour tout, mais peut interroger sur l'application uniforme.

Je souhaiterais également revenir sur les propos du conseiller doyen Huglo pour dire qu'ils montrent que la chambre sociale de la Cour de cassation est vraiment à la pointe de la réflexion sur la réception du droit social de l'Union européenne. Bien sûr cela n'empêche pas les questions, mais il faut souligner cette volonté de créativité importante. Et, si je regarde d'une autre manière ce qui vient d'être dit, il y a aussi, à travers la réception du droit de l'Union en droit interne, un « effet de propagation », c'est-à-dire la capacité du juge social à s'approprier des concepts – par exemple la charge de la preuve – qui, normalement, ont vocation à s'appliquer dans le périmètre du droit de l'Union ; mais à se les approprier en dehors du champ du droit de l'Union. Pour le principe de l'égalité de traitement qui n'est pas dans le périmètre du droit de l'Union, vous vous êtes appropriées des méthodes de l'Union. C'est un effet de propagation tout à fait intéressant, que d'aucun pourrait appeler une sorte d'influence clandestine. Et puis, à côté de cet effet de « propagation », vous avez montré également qu'il existe un effet de « consolidation », c'est-à-dire que le droit de l'Union, en particulier dans ses instruments internationaux est capable de venir appuyer ou accompagner une décision qui, sans ce principe supérieur, pourrait être discutable. Cet effet de

consolidation est donc intéressant. Cela renvoie à une remarque très générale : nous évoquons souvent l'effet direct, et les universitaires français du droit social également, mais je ne suis pas sûr qu'il s'agisse de la question essentielle. Je pense – et vous l'avez montré – que c'est au juge national de trouver les ressources pour « recevoir » le droit de l'Union européenne. Et dans la décision concernant les moniteurs des colonies de vacances, l'on voit bien cette double approche : d'un côté, le requérant s'appuyait sur la Charte sociale européenne en invoquant l'effet direct – rejeté à mon avis fort logiquement – et, de l'autre côté, il y avait la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003, plus technique, sans doute plus intéressante et ayant plus de chance de prospérer.

Je m'interroge donc, en marge de mes collègues, sur le fait de savoir s'il faut ou non être obnubilé par l'effet direct. Quand il s'agit de dispositions du traité ou de règlements de l'Union, cela se comprend car c'est institutionnel ; en revanche, quand il s'agit de directives, le doyen Huglo a démontré que l'on pouvait s'en sortir autrement.

---

**Denis Piveteau**

*Président de la 4<sup>e</sup> chambre du contentieux du Conseil d'État,  
modérateur de la table ronde*

Merci pour ces remarques. Je donne la parole au président Gervasoni pour qu'il puisse nous exposer plus clairement la façon dont les choses sont vues depuis le Luxembourg.

---

**Stéphane Gervasoni**

*Conseiller d'État, président de chambre au Tribunal de l'Union européenne*

Mon intervention a pour titre : « quelle portée le juge de l'Union reconnaît-il aux normes fondamentales et internationales de droit social pour le législateur de l'Union ? ».

Contrairement aux deux discours précédents, le présent exposé se concentre sur le rôle du juge de l'Union, et traite de la portée normative que ce juge reconnaît, d'une part, aux normes fondamentales du droit social de l'Union, inscrites au titre IV (« Solidarité ») de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, et/ou consacrées dans la Charte sociale européenne et la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, et, d'autre part, aux conventions internationales de droit social, notamment les conventions de l'Organisation internationale du travail (OIT). Ne sera pas abordée ici la portée de principes plus classiques en droit de l'Union européenne, tels le principe d'« égalité » (ou de « non discrimination ») et le principe de « libre circulation des travailleurs » qui, pour avoir une dimension importante en droit social, ne sont pas spécifiquement des normes de droit social.

L'analyse part d'une hypothèse et d'une interrogation : compte tenu de l'accession de l'Union à la personnalité juridique avec le traité de Lisbonne, et de la reconnaissance du caractère contraignant de la charte des droits fondamentaux

par le même traité, a-t-on pu identifier des dynamiques nouvelles, qui se seraient manifestées dans la jurisprudence de la CJUE, conduisant à une interprétation plus ambitieuse ou davantage protectrice des actes du législateur de l'Union ? Autre question, complémentaire : la règle de primauté des accords internationaux conclus par l'Union sur le droit dérivé, découlant de l'article 216, paragraphe 2 du TFUE, aux termes duquel « *les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres* », a-t-elle reçu des traductions concrètes dans le domaine social ?

On doit avoir présent à l'esprit, avant d'explorer ces sujets, que le législateur de l'Union européenne agit, dans le domaine de la politique sociale (titre X du TFUE), ainsi qu'il résulte de l'article 153, paragraphe 2 du TFUE, seulement par la voie de directives, fixant des « *prescriptions minimales applicables progressivement* » et qui « *évitent d'imposer des contraintes (...) telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises* ». On peut ajouter qu'un rapide survol de la législation dérivée en matière sociale fait apparaître une action législative essentiellement circonscrite au droit du travail, à l'exclusion de la protection sociale, dont le contenu substantiel relève des législations nationales.

L'examen de la liste des matières énoncées à l'article 153, paragraphe 1 du TFUE et des mécanismes de clause passerelle prévus au paragraphe 3 du même article confirme que la règle de vote à l'unanimité est intangible s'agissant de la sécurité sociale et de la protection sociale des travailleurs, matière qui relève de la compétence exclusive du Conseil.

Pour que le tableau soit complet, il faut souligner que sont, en tout état de cause, placés hors de portée du législateur de l'Union, en vertu du paragraphe 5 dudit article 153, les matières ô combien sensibles des rémunérations, du droit d'association, du droit de grève et du droit de « *lock-out* » (grève patronale). La même impression de corsetage normatif ressort de la lecture du titre IV de la Charte des droits fondamentaux, dont plusieurs dispositions ne peuvent trouver de traduction concrète que dans les conditions prévues par le droit de l'Union et les législations et pratiques nationales, de l'examen des articles 51 et 52 de la Charte, qui fixent des limites à l'invocabilité de ladite Charte, mais aussi du protocole n° 30 sur l'application de la charte à la Pologne et au Royaume-Uni, où il est affirmé que « *rien dans le titre IV de la charte ne crée des droits justiciables dans ces États, sauf dans la mesure où ces États membres ont prévu de tels droits dans leur législation nationale* ».

Comment, dans ce terreau peu favorable, les normes supérieures de droit social ont-elles été utilisées par le juge ? Rappelons qu'aucune de ces normes ne se soulève d'office à Luxembourg, le juge de l'Union ne pouvant être sensible qu'aux arguments que les parties ont bien voulu lui présenter.

### **1. Une place somme toute limitée de ces normes supérieures de droit social dans la jurisprudence de la CJUE**

En dépit des proclamations solennelles dont ces normes ont fait l'objet, avec leur insertion dans le droit primaire de l'Union – le traité d'Amsterdam, pour la Charte



communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, le traité de Lisbonne pour la Charte des droits fondamentaux dans sa version de 2007 –, et malgré la règle de primauté des accords internationaux consacrée à l'article 216, paragraphe 2 du TFUE, le bilan jurisprudentiel est relativement maigre.

Voici quelles en sont les raisons.

*1.1. Les grands textes que sont les conventions de l'OIT ou la Convention EDH ne sont pas « conclus par l'Union », au sens de l'article 216, paragraphe 2 du TFUE.*

Pour l'OIT, l'Union européenne a beau être très active dans les enceintes genevoises et être, le cas échéant, amenée à autoriser les États membres à adhérer à certaines conventions, dans les domaines couverts par la législation de l'Union (cf. par exemple la décision 2014/51/UE du Conseil, du 28 janvier 2014, autorisant les États membres à ratifier, dans l'intérêt de l'Union européenne, la convention n° 189 de 2011 concernant un travail décent pour les travailleuses et travailleurs domestiques, JO L 32/32), elle ne peut pas en être membre. Elle n'est donc pas liée par ces conventions – quand bien même tous les États membres en seraient parties contractantes – qui, de ce fait, ne sont pas invocables devant la CJUE.

La Cour ne peut donc ni se référer à ces conventions pour apprécier la validité d'un acte de droit dérivé, ni interpréter un tel acte à leur lumière (CJUE, 5 février 2015, *Poclava*, aff. C-117/14, point 43 : « *la Cour n'est pas compétente (...) pour statuer sur l'interprétation de dispositions du droit international qui lient des États membres en dehors du cadre du droit de l'Union* » ; arrêt du 14 juillet 1998 du Tribunal, *Lebedef contre Commission*, T-192/96, points 62, 69 et 77 : inapplicabilité à la fonction publique européenne des principes de représentation du personnel de la fonction publique inscrits dans la convention n° 151).

Pour la CEDH, l'adhésion de l'Union européenne à la convention – ardente obligation si l'on en croit l'article 6, paragraphe 2 du TUE – s'est heurtée à l'avis négatif émis par la CJUE sur le projet d'accord d'adhésion (le célèbre avis 2/13, du 18 décembre 2014). Ce blocage, qui risque d'être durable, constitue un obstacle à l'invocation de la jurisprudence sociale de la Cour EDH devant les juridictions de Luxembourg, d'ailleurs très peu citée devant ces juridictions.

*1.2. L'imposition d'une « servitude de recul »*

Les grands textes peuvent se voir imposer une sorte de « *servitude de recul* », découlant de l'article 351, deuxième alinéa du TFUE, selon lequel les États membres ont l'obligation d'éliminer les incompatibilités avec les traités de l'Union européenne de conventions internationales conclues avant leur adhésion à l'Union.

La situation est rare, mais a déjà été constatée devant la CJUE, dans laquelle un État membre est contraint, sous peine de manquement, de dénoncer une convention de l'OIT incompatible avec la législation de l'Union européenne, y compris une convention conclue avant l'adhésion de l'État concerné à l'Union. Ce fut le cas de l'Autriche, en 2005, contrainte de dénoncer la convention n° 45, sur laquelle était fondée une législation nationale contraire au principe d'égalité professionnelle



entre les hommes et les femmes (à propos de l'interdiction générale d'emploi des femmes aux travaux souterrains dans les mines : CJCE, 1<sup>er</sup> février 2005, *Commission contre Autriche*, aff. C-203/03). La France a été confrontée à une configuration voisine : après avoir, suite à un premier arrêt de la CJCE du 25 juillet 1991, *Stoeckel*, aff. C-345/89, dénoncé la convention n° 89, concernant le travail de nuit des femmes occupées dans l'industrie, la France ne pouvait plus se prévaloir du paravent normatif de cette convention pour maintenir ses dispositions nationales interdisant le travail de nuit des femmes (CJCE, 13 mars 1997, *Commission contre France*, aff. C-197/96 ; dans le même ordre d'idée voir également l'arrêt du 4 décembre 1997, *Commission contre Italie*, aff. C-207/96).

*1.3. Le champ d'application de la charte des droits fondamentaux est, dans le domaine social, restrictivement défini.*

La CJUE a été sous le feu des critiques avec son arrêt du 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, pour sa lecture jugée excessive de la notion de « mise en œuvre du droit de l'Union », qui détermine le champ d'application de la Charte. Dans le domaine social, elle ne s'expose pas aux mêmes commentaires. En effet, la CJUE a jugé, dans un litige relatif au versement de prestations sociales à caractère non contributif, que les conditions d'accès à ces prestations relevaient de la législation nationale dans la mesure où le règlement de 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale<sup>98</sup> ne fixait aucune condition de fond à cet égard et que, en déterminant l'étendue de telles prestations, les États membres ne mettaient pas en œuvre le droit de l'Union européenne (CJUE, Gde ch., 11 novembre 2014, *Dano*, aff. C-333/13, points 87 à 92).

La CJUE s'est ainsi déclarée incompétente pour interpréter la Charte, solution qui peut paraître radicale mais qui n'en est pas moins en pleine cohérence avec le vœu des auteurs du texte et avec l'encadrement de la compétence législative de l'Union rappelée en introduction du présent propos. On pourra trouver plus sévère l'appréciation de la Cour dans l'affaire *Poclava*, citée plus haut, dans laquelle le juge de l'Union européenne a estimé qu'une législation nationale prévoyant un nouveau type de contrat à durée indéterminée échappait au champ d'application du droit de l'Union (accord cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, annexé à la directive 1999/70/CE<sup>99</sup>) et donc à celui de la Charte, alors que ce contrat était assorti d'une période d'essai d'un an, circonstance qui pouvait plaider pour une requalification du contrat en contrat à durée déterminée.

*1.4. La plupart des dispositions du titre IV de la Charte des droits fondamentaux, centrales pour le droit du travail – et donc l'essentiel de la législation dérivée de l'Union en ce domaine – ne sont pas d'effet direct.*

L'article 27 (droit à l'information et à la consultation des travailleurs au sein de l'entreprise), l'article 28 (droit de négociation et d'actions collectives), et l'article 30 (protection en cas de licenciement injustifié) renvoient tous pour leur application

<sup>98</sup> Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

<sup>99</sup> Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée.



au droit de l'Union européenne et aux législations nationales. Ils ne sont donc pas suffisamment inconditionnels et précis pour être invoqués en justice devant le juge de l'Union, ou le juge national. Cet enseignement est clairement ressorti de l'arrêt *Association de médiation sociale* par lequel la CJUE, en réponse à une question préjudicielle de la Cour de cassation française, a dénié tout caractère d'effet direct à l'article 27 de la Charte, et estimé que cette disposition n'était pas davantage de nature à conférer un effet direct horizontal à la directive 2002/14/CE du Parlement européen et du Conseil du 11 mars 2002 établissant un cadre général relatif à l'information et à la consultation des travailleurs (CJUE, Gde ch., 15 janvier 2014, aff. C-176/12 ; dans le même sens voir l'arrêt du 15 septembre 2016 du Tribunal de l'Union européenne, *U4U e.a. contre Parlement et Conseil*, T-17/14, points 70 à 89). Dès lors que ces articles ne peuvent pas, par construction, constituer un paramètre d'examen de la validité de la norme qui, seule, leur donne corps, leur portée normative est des plus réduite.

Même l'article 31, paragraphe 2 de la Charte, relatif notamment au droit aux congés payés, qui ne renvoie pas à d'autres normes du droit de l'Union ou du droit national, semble privé d'effet direct dans un litige entre particuliers (cf. conclusions de l'avocate générale Trstenjak dans l'affaire CJUE, Gde ch., 24 janvier 2012, *Maribel Dominguez*, aff. C-282/10).

*1.5. Lorsque les normes de droit supérieur sont invocables, elles peuvent entrer en conflit avec d'autres principes du droit de l'Union de même valeur.*

Je n'insiste pas sur ce point, bien connu depuis les arrêts *Viking*<sup>100</sup> et *Laval*<sup>101</sup> de la Cour de justice, relatifs à la conciliation entre le droit de mener une action collective et les libertés d'établissement et de prestation de services.

## **2. Des potentialités à exploiter pour une normativité renforcée**

On aurait tort de s'en tenir à un tableau pessimiste et noirci par ce décevant survol. Des clignotants s'allument, témoins de la réceptivité du juge de l'Union européenne aux principes fondamentaux du droit social.

*2.1. Lorsque le législateur de l'Union européenne se réfère explicitement à ces normes supérieures, le juge peut leur donner une portée utile.*

Un exemple marquant est fourni par la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, dont le sixième considérant précise que le législateur a tenu compte des principes de l'OIT en matière d'aménagement du temps de travail. Cette référence au droit de l'OIT, en l'occurrence la convention n° 132 du 24 juin 1970 concernant les congés annuels payés, a conduit le juge de l'Union européenne à des solutions plus audacieuses que celles qu'aurait justifié la lettre de l'article 7 de ladite directive, relatif au droit à un congé annuel

100 CJCE, Gde ch., 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05.

101 CJCE, Gde ch., 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, aff. C-341/05.



payé. Des absences pour maladie, indépendantes de la volonté du salarié, ont été considérées comme du temps de service, ouvrant droit à des possibilités de report de congé plus favorables (CJCE, 20 janvier 2009, *Schultz-Hoff et Stringer*, aff. jointes C-350/06 et C-520/06).

Les règles du statut des fonctionnaires de l'Union européenne limitant strictement ces possibilités de report ont été jugées incompatibles avec ces principes, lus à la lumière de l'article 31, paragraphe 2 de la Charte des droits fondamentaux (CJUE, 19 septembre 2013, *Commission contre Strack*, aff. C-579/12 RX-II, annulant l'arrêt du Tribunal de l'Union et confirmant la solution retenue, en première instance, par le Tribunal de la fonction publique).

On retrouve la même démarche du juge lorsqu'une directive indique que le législateur a entendu se conformer aux objectifs de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, citée à l'article 151 du TFUE (à propos de la directive 92/85/CEE du Conseil du 19 octobre 1992 concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail : CJCE, 20 septembre 2007, *Sari Kiiski*, aff. C-116/06).

*2.2. Lorsque l'Union européenne est partie à un accord international, celui-ci peut, si ses stipulations sont d'effet direct, avoir une incidence concrète sur la solution du litige.*

Les accords conclus par l'Union européenne, qu'ils soient mixtes ou exclusifs, ne portent qu'exceptionnellement sur la matière sociale, en raison des restrictions à la compétence législative de l'Union dans le domaine de la protection et de la sécurité sociales (voir, sur les relations entre l'OIT et l'Union, l'avis 2/91 de la Cour de justice, du 19 mars 1993). L'Union européenne a toutefois adhéré à une convention qui a un relief particulier puisqu'elle a été approuvée au moment de l'accession de l'Union à la personnalité juridique : la convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées. Par son approbation, par la décision du Conseil du 26 novembre 2009, cette convention est devenue partie intégrante du droit de l'Union européenne, et donc invocable devant la CJUE sur le fondement de l'article 216, paragraphe 2 du TFUE.

En se référant à la convention, la CJUE a fait évoluer sa jurisprudence sur la notion de handicap, au sens de la directive 2000/78/CE du Conseil, du 27 novembre 2000, portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi : elle a dit pour droit, contrairement à la position qu'elle avait retenue dans un arrêt de 2006, *Sonia Chacón Navas* (CJCE, Gde ch., 11 juillet 2006, aff. C-13/05), qu'une maladie gravement invalidante pouvait relever d'une telle notion (CJUE, 11 avril 2013, *HK Danmark*, aff. jointes C-335/11 et C-337/11).

S'il était un jour envisageable que l'Union européenne adhère aux conventions de l'OIT – rappelons qu'il est déjà difficile d'adhérer à la Convention EDH... –, qui sont un certain nombre à recouvrir largement des matières dans lesquelles l'Union a légiféré, un arrêt tel que *HK Danmark* serait sans doute moins isolé.



### 2.3. Enfin, le juge de l'Union peut s'appuyer sur la référence à des normes supérieures de droit social

Le juge de l'Union européenne peut s'appuyer sur la référence à des normes supérieures de droit social lorsque le droit de l'Union ne donne pas une assise suffisante à la reconnaissance de principes fondamentaux. C'est la vertu « confortative » de ces normes qui est alors valorisée.

C'était déjà le cas dans l'affaire *Defrenne*, en 1976, dans laquelle la Cour avait cité la convention n° 100 de l'OIT sur l'égalité de rémunération, alors même que l'Union n'était pas partie à cette convention, pour donner davantage de corps à l'article 119 du traité CE, reconnu d'effet direct, qui ne visait, en termes généraux, que l'égalité professionnelle entre les travailleurs masculins et féminins (CJCE, 8 avril 1976, aff. 43/75, point 20). Dans les affaires *Viking* et *Laval*, la Cour de justice a dû se référer à la Charte sociale européenne et à la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, mentionnées à l'article 136 CE, ainsi qu'à la convention n° 87 de l'OIT concernant la liberté syndicale, et la protection du droit syndical pour reconnaître le droit fondamental de mener une action collective, sujet qui échappe à la compétence de l'Union.

À propos de l'obligation de motiver les décisions de licenciement, le Tribunal de la fonction publique a, en son temps<sup>102</sup>, innové, en se fondant notamment sur la convention n° 158 de l'OIT concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur, pour revenir sur une jurisprudence ancienne de la Cour, qui n'imposait pas une telle motivation (arrêt du Tribunal de la fonction publique [assemblée plénière] du 26 octobre 2006, *Pia Landgren contre Fondation européenne pour la formation (ETF)*, aff. F-1/05). C'est, dans le même esprit, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs qui a été mobilisée pour exclure l'interprétation restrictive de la clause dite de « *non-régression* » figurant à l'article 8, point 3 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée (CJCE, 23 avril 2009, *Angelidaki*, aff. C-378/07).

### Conclusion

On aura compris que le juge voit son action prétorienne étroitement encadrée en matière sociale par les choix des États membres et du législateur européen. Mais, dès qu'une volonté politique européenne s'affirme et se trouve concrétisée dans un texte, le juge peut déployer les potentialités de ses méthodes classiques : l'interprétation téléologique des textes n'est pas limitée à la construction économique du marché intérieur, elle peut profiter aux visionnaires d'une Europe attachée au socle de ses principes fondamentaux du droit social.

---

102 Ce tribunal a été institué le 2 novembre 2004 sur le fondement du traité de Nice, signé le 26 février 2001, pour trancher les litiges entre l'Union européenne et ses agents. Il a été dissous le 1<sup>er</sup> septembre 2016, ses compétences étant transférées au Tribunal de l'Union européenne.



---

**Denis Piveteau**

*Président de la 4<sup>e</sup> chambre du contentieux du Conseil d'État,  
modérateur de la table ronde*

Merci au président Gervasoni d'avoir su manier à la fois la précision et la nuance dans son intervention. Y a-t-il des réactions ?

---

**Jean-Philippe Lhernould**

*Professeur de droit à l'université de Poitiers*

Le président Gervasoni évoque la « *vertu confortative* ». Cette notion est très proche de l'expression que j'ai employée d'« effet de consolidation », c'est-à-dire de la capacité du juge de l'Union de s'entourer de sources, soit fondamentales de l'Union, soit externes à l'Union, pour renforcer une solution ou pour dégager un principe d'interprétation. Enfin, on notera que l'on reproche souvent à la CJUE d'être trop timorée sur l'effet direct de la Charte des droits fondamentaux ; je crois que l'on vient de montrer clairement les raisons pour lesquelles la CJUE s'en tient à ces décisions. Le juge doit d'abord appliquer le droit. Si le traité était modifié, la CJUE pourrait déployer ses méthodes d'interprétation usuelles. Aussi ne jetons pas la pierre au juge européen.

---

**Jean-Guy Huglo**

*Conseiller doyen à la chambre sociale de la Cour de cassation*

Quand on contemple la jurisprudence de la CJUE en matière sociale, l'on est frappé du contraste qui veut que lorsque l'on est dans le domaine de la discrimination, qui est le domaine historiquement par lequel le droit social est né devant la Cour de justice, l'on a des jurisprudences extrêmement intéressantes – voire audacieuses – et l'on construit un droit de la discrimination tout à fait intéressant ; en revanche, à partir du moment où l'on sort de la discrimination pour entrer dans le domaine – plus classique – du droit du travail l'on voit, notamment sur les droits sociaux fondamentaux, un retrait du juge extrêmement important.

La seconde observation que je voudrais faire concerne les conséquences de ce retrait du juge. Cela signifie que, devant les juges nationaux, la Convention EDH ou les conventions de l'OIT vont être beaucoup plus souvent invoquées que le droit social communautaire. Ce qui entraîne des conséquences sur la répartition des influences entre les deux cours européennes (CJUE et Cour EDH) dès lors que la jurisprudence de la Cour EDH a une « élasticité » particulièrement grande, ce qui présente parfois un certain nombre de mérites, même si elle peut laisser les juristes familiers d'une plus grande rigueur quelque peu perplexes. La CJUE, en revanche, agit dans les limites étroites de ses compétences, et aussi dans les limites de la réceptivité de sa jurisprudence par les autres cours constitutionnelles d'Europe.

---

**Denis Piveteau**

*Président de la 4<sup>e</sup> chambre du contentieux du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Je partage la remarque du doyen Huglo sur la différence de niveau assez frappante entre l'application du principe de non-discrimination, et d'autres principes fondamentaux du droit social.

---

**Stéphane Gervasoni**

*Conseiller d'État, président de chambre au Tribunal de l'Union européenne*

Tout est parti de l'affaire *Defrenne*<sup>103</sup>, et en réalité de l'article 157 du TFUE sur l'égalité professionnelle entre les hommes et les femmes. De là est partie toute une série de jurisprudences très ambitieuses, parce que cet article était d'effet direct et que la Cour a sans doute eu l'audace, à cette époque – il y a quarante ans déjà –, de le juger. En revanche, le cadre normatif est beaucoup plus contraint en matière sociale, car l'on sort du domaine du principe d'égalité de traitement.

---

103 CJCE, 8 avril 1976, *Gabrielle Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, aff. 43-75.



# Échanges avec la salle

---

---

## *Question du public*

*Ma question concerne la notion de mutabilité, c'est-à-dire la capacité du juge à prendre en compte la norme. Vous avez laissé entendre, en évoquant la période dite « des trente glorieuses », que certaines de ces normes pouvaient ne plus être adaptées aux réalités présentes. C'est un débat très actuel, y compris au sein de l'OIT. Cependant ces conventions ne sont pas figées, car l'OIT est dotée d'un système de supervision et de contrôle – faisant débat – qui établit des interprétations, c'est-à-dire une espèce de doctrine d'application, régulièrement mise à jour. Par exemple, le comité de la liberté syndicale se réunit trois fois par an, il examine entre trente et quarante plaintes ; la commission d'application des normes examine la situation des États – vingt-cinq pays par an – ; et la commission des experts examine l'État avec un cycle sur toutes les conventions et tous les pays.*

*Dans ce contexte, est-ce que le juge peut aller au-delà de la simple lecture de la convention telle qu'elle a été adoptée, et entrer dans cette espèce de doctrine établie par ce système de l'OIT ?*

---

## *Jean-Guy Huglo*

*La question que vous posez est celle de la réception par le juge du corpus décisionnel ou interprétatif ; qu'il provienne du comité des experts de l'OIT ou d'autres comités, comme par exemple le comité des droits sociaux du Conseil de l'Europe. Ces décisions en elles-mêmes ne sont pas d'effet direct, mais le juge ne peut pas non plus les ignorer. Du coup, c'est plus par le biais d'interprétations conformes qu'elles sont prises en compte. Si je prends l'exemple de la jurisprudence de la Cour de cassation sur les forfaits jours<sup>104</sup>, il y avait eu deux ou trois décisions du comité européen des droits sociaux qui étaient très sévères pour condamner le système français des forfaits jours, et lorsqu'on lisait la dernière décision du comité européen des droits sociaux, on avait même l'impression qu'il y avait une contrariété entre la Charte sociale européenne et la directive de l'Union européenne en matière de temps de travail. En même temps, c'était plus ambigu s'agissant de la manière dont la directive avait été intégrée en droit français, et c'est là que naissait l'incompatibilité. De sorte que la chambre sociale de la Cour de cassation, tout en sauvegardant le principe même du système des forfaits jours, l'a agrémenté d'un certain nombre de contraintes pour préserver le droit à la santé et au repos des salariés. Mais, dans ces arrêts, nous avons pris en compte ce qui avait été dit à plusieurs reprises par le comité européen des droits sociaux, même si nous ne sommes peut-être pas allés jusqu'au bout de ce qui avait été envisagé.*

104 C. cass., ch. soc., 8 septembre 2016, n° 14-26.256. V. également Soc., 22 juin 2017, n° 16-11.762.

*Tout ce corpus et tout ce travail d'application et d'interprétation des conventions de l'OIT ou de la Charte sont pris en compte nécessairement par la chambre sociale de la Cour de cassation. Il y a un exemple où la chambre n'applique pas clairement deux décisions du comité des experts, mais il s'agit d'une disposition particulière de la loi du 20 août 2008 sur la représentativité syndicale<sup>105</sup> qui résulte d'une position commune des partenaires sociaux français, et qui est la question du score personnel de dix pour cent pour pouvoir être désigné délégué syndical. Il y a donc, pour nous, un paradoxe à ce que l'OIT condamne cette disposition voulue par les partenaires sociaux en France et qui est une disposition phare de la position commune, signée par un certain nombre de confédérations syndicales françaises. Mais je pense que c'est à peu près le seul point où nous n'avons pas pris en compte l'interprétation donnée par cet organe de la convention.*

---

*Denis Piveteau*

*Ne pas tenir compte de la décision de ces experts équivaut à un renversement de la charge de la preuve. Il faut, en effet, se justifier au regard de la position prise et qui a un certain degré de légitimité. Il faut aussi laisser au juge national la totale autonomie de son jugement.*

---

**Denis Piveteau**

*Président de la 4<sup>e</sup> chambre du contentieux du Conseil d'État,  
modérateur de la table ronde*

Merci à tous. Pour conclure nos échanges, permettez-moi d'évoquer rapidement la question des confrontations entre les principes généraux du droit social et d'autres principes généraux du droit. À cet égard, l'on voit bien la conciliation parfois difficile entre les principes liés à la liberté d'entreprendre ou à la liberté d'industrie et les conditions objectives de mise en place de « systèmes de solidarité », comme en témoignent les débats récents en France sur les clauses de désignation. Ou, autre exemple, l'articulation pas commode, en matière d'aides sociales non contributives, entre les principes de protection sociale qui y trouvent leurs limites, et le relais – ou pas – que peuvent alors prendre certains droits fondamentaux de la personne.

De ce point de vue, le juge de la protection sociale, qui rencontre très vite les limites des normes internationales propres à son domaine, devrait peut-être regagner des espaces de création *via* la mobilisation d'autres droits fondamentaux des personnes. C'est là un champ qui reste à explorer.

---

<sup>105</sup> Loi n° 2008-789 du 20 août 2008 portant rénovation de la démocratie sociale et réforme du temps de travail.

# La fabrique de la norme sociale

Les modalités concrètes d'élaboration des normes internationales en matière sociale demeurent trop souvent méconnues.

Soulevant des enjeux démocratiques majeurs, leur analyse permet pourtant d'éclairer le rôle des différentes parties prenantes – organisations internationales, autorités nationales, organisations syndicales, entreprises –, les stratégies d'influence mises en œuvre par chacune d'entre elles, les procédures suivies ainsi que les interactions entre ce processus et la fabrique de normes internes de droit social.

## Sommaire

---

Biographie des intervenants.....	57
Actes.....	61
Échanges avec la salle.....	79



# Biographie des intervenants

---

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

## Modérateur

### **Christian Vigouroux**

*Président de section, président adjoint de la section sociale du Conseil d'État*

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, Christian Vigouroux est nommé auditeur au Conseil d'État en 1976 à sa sortie de l'ENA (promotion Guernica). En 1981, il rejoint le ministère chargé de l'urbanisme en tant que conseiller juridique, puis de directeur adjoint de l'urbanisme, avant d'être nommé en 1985 directeur de cabinet du secrétaire d'État chargé des universités. Commissaire du Gouvernement au Conseil d'État (1986-1989), il est nommé ensuite directeur du cabinet du ministre de l'intérieur. En 1992, il rejoint la section des travaux publics et la section du contentieux du Conseil d'État comme commissaire du Gouvernement. De 1994 à 1997, il est rapporteur général de la Commission supérieure de codification. En 1997, il est nommé directeur du cabinet du garde des sceaux, puis, en 2000, directeur du cabinet du ministre de l'emploi et de la solidarité. En 2002, il est nommé président de la 10<sup>e</sup> sous-section de la section du contentieux, puis président adjoint de cette section (2008-2012). Il est professeur associé aux universités Panthéon-Sorbonne puis de Saint-Quentin-en-Yvelines de 1996 à 2012. Il préside le groupe «déontologie et indépendance de l'expertise» de la Haute Autorité de santé de sa création en 2006 au 1<sup>er</sup> août 2012. En 2012, il est nommé directeur du cabinet du garde des sceaux. Il rejoint le Conseil d'État en 2013, où il occupe, successivement les fonctions de président de la section du rapport et des études (2013-2014), président de la section de l'intérieur (2014-2016) et, depuis octobre 2016, président adjoint de la section sociale.

## Intervenants

### **Xavier Beaudonnet**

*Chef d'unité, coordinateur pour la négociation collective au service de la liberté syndicale du département des normes internationales du travail du Bureau international du travail*

Xavier Beaudonnet est fonctionnaire du Bureau international du travail (BIT) depuis 2000, après avoir enseigné le droit du travail comme chargé de travaux dirigés à la faculté de droit de Bordeaux entre 1996 et 2000. Au sein du BIT, Xavier Beaudonnet a travaillé pour le centre international de formation de l'Organisation internationale du travail (OIT) de Turin où il développe le programme et le matériel de formation de l'OIT pour les pouvoirs judiciaires nationaux en matière de droit international du travail. Il a également travaillé, comme spécialiste des normes internationales du travail, au sein du bureau de l'OIT pour les pays andins (Bolivie,

Colombie, Équateur, Pérou, Venezuela) basé à Lima (Pérou), poste où il contribue au développement des relations de coopération avec les écoles nationales de la magistrature. Actuellement chef d'unité au sein du département des normes internationales du travail, il a en charge la coordination du suivi de l'application des conventions internationales du travail en matière de négociation collective. À ce titre, il fait partie du secrétariat qui appuie les travaux de la Commission d'experts de l'OIT pour l'application des conventions et des recommandations et du Comité de la liberté syndicale. Il est l'auteur de différentes publications concernant l'utilisation judiciaire du droit international du travail.

### **Marcel Grignard**

*Président de Confrontations Europe*

Marcel Grignard a travaillé durant une vingtaine d'années dans une grande entreprise de la métallurgie, et a exercé des responsabilités syndicales au niveau national au sein de la CFDT. Secrétaire général de la fédération de la métallurgie, puis secrétaire national à la confédération, il a la responsabilité de la coordination et de l'évolution des règles du dialogue social, de la politique européenne, de la politique de développement durable, des politiques industrielles, ainsi que la recherche et la coordination en matière de responsabilité sociale des entreprises (RSE). Il est élu secrétaire général adjoint de la CFDT en 2009, et met fin à ses responsabilités syndicales en juin 2014. Marcel Grignard est président de Confrontations Europe depuis juin 2014, après en avoir été le vice-président pendant dix ans.

### **Jean-Christophe Sciberras**

*Directeur des ressources humaines France du groupe Solvay, ancien président de l'Association nationale des directeurs de ressources humaines*

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris, Jean-Christophe Sciberras est titulaire d'une maîtrise de sciences économiques de l'université Panthéon-Sorbonne, d'une maîtrise de droit public de l'université Panthéon-Assas et d'un D.E.A de droit social de l'université de Paris Ouest Nanterre-La Défense. Il est diplômé de la *London Business School (Executive business program)*. Il débute sa carrière comme adjoint à l'attaché commercial de l'Ambassade de France à Atlanta (1981-1982) ; de retour en France, il est inspecteur du travail (1983-1988), puis devient magistrat administratif, rapporteur puis commissaire du Gouvernement au tribunal administratif de Versailles (1989-1991). Il rejoint en 1991 le ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle en tant que conseiller technique au cabinet du ministre (1991-1993). En 1994, il entre chez Renault pour être successivement chef du service du droit et de la réglementation du travail, directeur des relations sociales Groupe, directeur des ressources humaines (DRH) et des affaires juridiques du Mercosur, basé au Brésil, et DRH des centres d'ingénierie France. De 2008 à 2009, il est directeur-général adjoint de Pôle Emploi, chargé des ressources humaines. En juin 2009, il est DRH France et directeur des relations sociales Groupe de Rhodia et, depuis juin 2012, DRH France et des relations sociales du Groupe Solvay. Il enseigne actuellement les relations sociales à l'Institut d'études politiques de Paris. Jean-Christophe Sciberras est l'auteur de plusieurs rapports au Gouvernement : *Le travail économiquement*



*dépendant : quelle protection ? (2008) ; La lutte contre les discriminations (2015) ; Pour une clarification du bulletin de paie (2015).* Il a été facilitateur dans les grandes conférences sociales de 2013 et 2014. Jean-Christophe Sciberras a également été président de l'Association nationale des DRH, de 2010 à 2014.





# Actes – La fabrique de la norme sociale

---

**Christian Vigouroux**

*Président de section, président adjoint de la section sociale du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

À l'occasion de cette table ronde, nous verrons qu'il existe peut-être plusieurs types de productions de normes sociales, puisque cette séance est consacrée à la compréhension, à l'approche des institutions et aux procédures d'initiatives de type décision, consultation, ratification et publicité de la norme internationale de droit social et de droit du travail. Nous verrons également qu'il s'agit d'essayer de comprendre, avec l'aide de nos intervenants, les influences, les rapprochements, les blocages et les calendriers qui font que le droit du travail dépasse les frontières. Comprendre aussi pourquoi les temporalités de production peuvent être différentes d'une organisation à une autre. À cet égard, l'on notera que dans le dernier numéro de la revue des anciens élèves de l'École nationale d'administration (ENA), la professeure Delmas-Marty fait remarquer que l'Organisation internationale du travail (OIT), la plus ancienne organisation internationale, va moins vite que l'Organisation mondiale du commerce (OMC) pour les mécanismes quasi-juridictionnel de traitement de la norme<sup>106</sup>.

Pourtant, le droit du travail – plus récent en regard du temps long – existe au plan international. Ainsi, par exemple, dans un texte récent, très important en France, sur le droit de contrôle des inspecteurs du travail, le rapporteur de la section sociale du Conseil d'État commençait son allocution par la convention n° 81 de l'OIT<sup>107</sup>, nous rappelant que quelquefois le droit du travail commence ou se stabilise par l'international.

Le droit du travail international se construit sous la pression de différentes causes :

- i) l'effet géographique – je pense au livre de José Saramago<sup>108</sup> *Relevé de Terre* qui montre comment les immigrés portugais montaient travailler en France et redescendaient en « rapportant » avec eux le droit du travail qu'ils avaient connus face à leurs difficiles conditions de travail dans les exploitations agricoles<sup>109</sup> ;
- ii) l'effet historique – je pense au livre de Upton Sinclair<sup>110</sup> *La Jungle* paru en 1906<sup>111</sup>

---

106 M. Delmas-Marty, « Les métamorphoses de l'ordre juridique national dans un monde globalisé », in *L'ENA hors les murs*, septembre 2016, n° 463.

107 Convention (n° 81) de 1947 concernant l'inspection du travail dans l'industrie et le commerce, entrée en vigueur en France le 7 avril 1950.

108 José Saramago, né en 1922, écrivain portugais, prix Nobel de littérature en 1998.

109 José Saramago, *Relevé de terre*, éd. du Seuil, Paris, 2012 (trad. G. Leibrich). Titre original : *Levantado do Chão*, éd. Editorial Caminho, Lisbonne, 1980.

110 Upton Sinclair (1878-1968), journaliste et romancier américain.

111 Upton Sinclair, *La Jungle*, éd. Le livre de Poche, coll. biblio, Paris, 2011. Ce roman est paru en 1906 aux États-Unis provoquant un scandale sans précédent dans tout le pays.

où un roman peut changer la législation sociale aux États-Unis<sup>112</sup> et puis peut-être aussi ailleurs ; iii) l'effet de la concurrence et de la compétitivité corrélés au droit du travail au plan mondial – c'est notre sujet – ; et enfin iv) l'effet de précaution.

Pourquoi les guerres, les expositions et les religions seraient-elles les seules « universelles » ? Les droits du travail peuvent aussi revendiquer une certaine universalité. Et je n'oublie pas que le préambule du traité de Versailles<sup>113</sup> rappelait que le travail ne doit pas être considéré comme une marchandise ou un article de commerce. Le dialogue de l'international et du droit du travail fait donc partie de notre histoire.

Peut-être qu'ensuite, après avoir pris connaissance des exposés de chacun des intervenants, vous demanderez-vous quels sont les Albert Thomas<sup>114</sup> de demain ? Ancien ministre, ancien député, Albert Thomas était une personnalité ouverte sur le monde du travail, au point d'être élu en 1922 directeur du Bureau international du travail (BIT) ; personnage estimé, représentant d'une élite internationale ouverte sur le monde en faveur du droit du travail, il fut cependant croqué avec une certaine sévérité par Albert Cohen<sup>115</sup> dans son ouvrage *Belle du Seigneur*<sup>116</sup>, même si les propos de l'auteur à son sujet paraissent aujourd'hui quelque peu datés.

Je donne la parole à notre premier orateur, M. Beaudonnet, chef d'unité au BIT, en charge des normes sur la négociation collective qui nous fera vivre l'OIT, ses conséquences et sa très forte contribution à la production des normes. Nous nous interrogerons pour savoir quelles sont les modalités de travail de l'OIT et d'autres organisations internationales qui produisent du droit du travail. Nous nous intéresserons aussi au rôle des États nationaux dans la production de la norme internationale, aux allers-retours entre le BIT et les États, aux questionnaires adressés par le premier aux seconds ; et à la possibilité de limiter les conventions aux seuls États qui sont d'accords.

---

### **Xavier Beaudonnet**

*Chef d'unité, coordinateur pour la négociation collective au service de la liberté syndicale du département des normes internationales du travail du BIT*

Merci M. le président. C'est à la fois un honneur et un grand intérêt pour le BIT de prendre part aux réflexions actuelles en France sur les questions de droit du travail, en particulier ici de droit social international. Depuis la création de l'OIT en 1919, la France a fortement contribué à l'affermissement de l'activité normative de l'organisation, aussi bien parce que la législation française a souvent constitué une

---

112 Enquête et rapport officiels entraineront en 1906 l'adoption de deux lois fondamentales : le « Meat Inspection Act » (loi sur l'inspection des viandes) et le « Pure Food and Drug Act » à l'origine de la création de la *Food and Drug Administration* (FDA).

113 Signé le 28 juin 1919 entre l'Allemagne et les alliés à l'issue de la première guerre mondiale.

114 Albert Thomas (1878-1932), homme politique français, organisateur de la production d'armements et du travail ouvrier lors de la Première Guerre mondiale, premier directeur du Bureau international du travail (BIT) à Genève.

115 Albert Cohen (1895-1981), poète, écrivain et dramaturge suisse romand.

116 Albert Cohen, *Belle du Seigneur*, éd. Gallimard, Paris, 1968.

référence pour l'élaboration des normes internationales du travail que parce que la France est un des pays au monde ayant ratifié le plus grand nombre de conventions de l'OIT<sup>117</sup>. Je profite également de ces propos liminaires pour vous présenter les salutations de la directrice du département des normes internationales du travail<sup>118</sup>, Mme Corinne Vargha, qui regrette de ne pas prendre part à ce colloque en raison de sa participation au groupe de travail du mécanisme d'examen des normes, mécanisme qui sera évoqué tout à l'heure.

L'exposé que je me propose de développer sera structuré en trois parties. D'une part, je rappellerai un certain nombre d'éléments historiques qui permettront de mieux comprendre l'action normative de l'OIT ; d'autre part, j'essaierai de montrer comment l'on fabrique les normes à l'OIT ; pour, enfin, étudier ce qui se passe actuellement dans les bureaux de l'OIT.

## 1. L'aspect historique

Retourner aux racines de l'OIT permet de mieux comprendre ses activités normatives actuelles. L'OIT a été créée en 1919, à travers le traité de Versailles qui mit fin à la première guerre mondiale. Ce traité contient deux affirmations très fortes : il ne peut pas y avoir de paix durable sans justice sociale, et le travail n'est pas une marchandise. L'idée qu'il y a derrière la création de l'OIT est que, dans un contexte de compétition économique internationale, si l'on veut avancer vers plus de justice sociale, on ne peut le faire qu'ensemble, c'est-à-dire avec les différents États, gouvernements et partenaires sociaux membres de l'organisation, par le biais de l'adoption de normes internationales du travail fixant un socle minimum commun de protection. Ces éléments sont toujours d'actualité, et expliquent sans doute pourquoi, quatre-vingt-dix-sept ans après sa création, l'OIT se caractérise toujours par le fait d'être avant tout une institution normative. Ainsi, en étudiant la constitution de l'OIT, l'on se rend compte que la très grande majorité de ses articles concerne l'élaboration des normes, et le contrôle de l'application de ces dernières.

## 2. La fabrication des normes

L'OIT adopte deux grands types de normes : les *conventions*, qui sont des traités internationaux qui, une fois ratifiés par les États, sont juridiquement obligatoires ; et les *recommandations*, qui sont des orientations proposées aux États.

Depuis sa création, l'OIT a été particulièrement prolifique puisqu'elle a adopté à ce jour trois cent quatre-vingt-dix-neuf normes, composées de cent quatre-vingt-neuf conventions, deux cent quatre recommandations et six protocoles qui révisent ou complètent des conventions existantes. Ces normes peuvent présenter des contenus variés. Toutes n'ont pas les mêmes objectifs, et leurs dispositions n'ont pas nécessairement la même portée juridique. Certaines normes vont affirmer des principes et des droits fondamentaux ; certaines de ces conventions ont déjà été mentionnées lors de la table ronde précédente, comme par exemple la convention n° 87 de 1948 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical. Ces principes

---

117 Deuxième après l'Espagne.

118 Le département des normes internationales du travail (NORMES) est subdivisé en deux services : le service de l'application des normes (APPL) et le service de la liberté syndicale (LIBSYND).

vont donc avoir un potentiel d'application et d'influence extrêmement important. D'autres normes, dites « programmatiques », vont fixer de grands objectifs de politique sociale aux États, comme par exemple la convention n° 122 de 1964 sur la politique de l'emploi, ou la convention n° 187 de 2006 sur le cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail. D'autres normes enfin sont plus techniques, elles entrent plus dans le détail et vont fixer de manière plus précise des droits ou des règles, par exemple la convention n° 155 de 1981 sur la sécurité et la santé des travailleurs, ou des conventions plus récentes en matière de travail maritime<sup>119</sup> ou en matière de pêche<sup>120</sup>.

On voit donc que la nature et la portée juridique des dispositions contenues dans ces normes peuvent varier, ce qui n'est pas sans conséquence – ainsi que cela a été noté durant la table ronde précédente – sur le potentiel plus ou moins grand d'utilisation judiciaire de ces instruments.

Bien sûr, les différents types de dispositions mentionnés peuvent cohabiter au sein d'une même norme ; de sorte qu'il n'est pas rare de retrouver des conventions qui fixeront, à la fois, des principes fondamentaux, des objectifs programmatiques, et des règles plus précises. C'est, par exemple, le cas avec la convention n° 189 de 2011 sur le travail domestique<sup>121</sup> – non encore ratifiée par la France.

Lorsque l'OIT élabore ces normes, elle prend bien sûr en compte en premier lieu la grande diversité de ses cent quatre-vingt-sept États membres qui présentent, chacun, des caractéristiques de développement économique et social très différentes. L'un des grands défis dans la « fabrique » de la norme de l'OIT est de prendre en compte cette grande diversité, et de s'assurer que la norme soit, à la fois, applicable et présente une valeur ajoutée pour le plus grand nombre de pays. Cela suppose que la norme élaborée ne soit ni trop rigide, ni trop souple. Trop rigide ou trop exigeante, elle risque de ne pas réunir le consensus nécessaire à son adoption (celle-ci requérant une majorité des deux tiers au sein de la conférence internationale du travail, de composition tripartite). Trop souple ou fixant un niveau de protection trop bas, l'instrument risquerait de perdre sa nature normative et de ne pas présenter de valeur ajoutée, ce qui suppose de ne pas se limiter à codifier le plus petit dénominateur commun de protection existant déjà, mais de montrer le chemin d'une amélioration pour le plus grand nombre de pays possible, comme par exemple avec la convention n° 189 sur le travail domestique.

À cet égard, Il est intéressant de relever que le vaste consensus, à la fois géographique et professionnel, requis pour l'adoption des normes confère à ces dernières une légitimité tout à fait particulière, à tel point qu'il est possible de voir dans les conventions et les recommandations internationales du travail l'expression de principes généraux du droit du travail. On en citera pour illustration seulement quelques uns, contenus dans certaines normes de l'OIT : l'autonomie des organisations de travailleurs et d'employeurs, la promotion de la négociation collective entre employeurs et leurs organisations et les organisations de

---

119 Convention du travail maritime du 23 février 2006.

120 Convention n° 188 du 14 juin 2007 sur le travail dans la pêche.

121 Convention n° 189 du 16 juin 2011 sur les travailleuses et travailleurs domestiques.



travailleurs, l'indépendance de l'inspection du travail, la primauté dans les activités de l'inspection du travail du contrôle du respect de la législation du travail, l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes – non pas pour un même travail mais pour un travail de valeur égale, ce qui suppose d'appliquer ce principe également à des emplois différents –, etc.

Il est donc important de garder à l'esprit que ces normes, en dépit de leur contenu général, ne constituent pas de simples déclarations de principe, mais qu'elles présentent bien, tel que la table ronde précédente l'a souligné, une véritable valeur ajoutée juridique. Dans le contexte de l'économie mondialisée, l'apport juridique des normes de l'OIT s'avère important, aussi bien vis-à-vis des pays émergents en train de construire leur droit du travail que des pays industrialisés qui sont en train de réformer leur législation. La contribution juridique des normes de l'OIT s'exprime particulièrement au travers des organes de contrôle de l'OIT qui, au travers du dialogue engagé avec les autorités nationales, s'assurent de la bonne application des conventions. Même si les organes de contrôle de l'OIT ne sont pas des tribunaux, la table ronde précédente a relevé qu'un nombre non négligeable de juridictions nationales et internationales ont bien compris l'intérêt et l'importance des travaux de ces organes.

Comment l'OIT élabore-t-elle ces normes ?

Les grands principes qui irriguent les mécanismes d'élaboration des normes de l'OIT sont le tripartisme et le dialogue social, dans la mesure où l'OIT n'est pas simplement un organisme intergouvernemental, mais que chaque pays y est également représenté par ses partenaires sociaux.

Pour élaborer une convention ou une recommandation, l'OIT va mettre entre trois ans et demi et quatre ans, depuis le moment où le choix du sujet normatif a été fixé par le conseil d'administration, et celui où la norme est adoptée par l'assemblée générale de l'OIT qui est la conférence internationale du travail.

Ce temps « standard » de trois ans et demi à quatre ans (qui parfois peut être moindre) va être scandé par un dialogue entre le BIT – qui est l'administration permanente de l'OIT – et les mandants de l'OIT (gouvernements, organisations de travailleurs et d'employeurs). Sur la base des commentaires envoyés par les mandats nationaux tripartites, le BIT va rédiger une série de rapports qui vont nous amener d'un rapport initial, qui pose les problèmes, jusqu'au moment où la conférence internationale du travail adoptera un texte définitif.

Il est intéressant de remarquer qu'il existe dans ce processus une forte participation des mandants de l'Organisation, comme le montrent deux exemples récents : la recommandation n° 202 adoptée en 2012 sur le socle de protection sociale qui a donné lieu à des contributions écrites pour élaborer le contenu de la norme de cent treize États membres sur cent quatre-vingt-sept ; et la convention sur le travail domestique adoptée en 2011 qui a donné lieu à la participation de plus de cent États membres – et par États membres j'entends gouvernements et partenaires sociaux.



C'est donc un grand défi que de mettre ensemble les contributions de tant de gouvernements et de partenaires sociaux différents. Il s'agit là d'un travail extrêmement complexe mis en œuvre par le BIT. L'adoption de la norme suppose généralement une discussion à deux conférences internationales du travail successives.

Je voudrais rapidement mentionner quelques points concernant la façon dont surgissent les sujets qui vont donner lieu à une activité normative.

Dans ce contexte, le tripartisme s'avère de nouveau extrêmement important, et le rôle des partenaires sociaux fondamental dans le choix des sujets. Si la norme internationale du travail met de trois ans et demi à quatre ans pour être élaborée, l'on imagine aisément que la maturation, à la fois technique et politique nécessaire pour que ce sujet arrive sur la table de l'OIT, est parfois beaucoup plus longue.

Je reprendrai ici de nouveau l'exemple du travail domestique. Si ce thème est apparu sur la table de travail de l'OIT depuis les années 1930, c'est seulement à la fin des années 2000 que le sujet a été suffisamment mûr, à la fois juridiquement et politiquement, pour pouvoir voir se développer une activité normative.

### **3. L'actualité normative au sein de l'OIT**

#### *3.1. Le rythme d'adoption des normes*

Le rythme d'adoption des normes de l'OIT s'est fortement ralenti dans les dernières décennies. Entre 1919 et 1950, l'OIT avait adopté cinquante conventions internationales du travail. Entre 1950 et 1990, le rythme était assez homogène avec une adoption d'environ dix-sept conventions par décennie. Dans les années 1990, ce chiffre est descendu à douze conventions par décennie. De 2000 à 2016, ce nombre s'est considérablement réduit avec six instruments contraignants adoptés. Dans le même temps, le nombre d'instruments non contraignants a augmenté : ainsi, entre 2000 et 2016, huit recommandations autonomes ont été adoptées ; alors que dans les vingt-cinq années précédentes, une seule recommandation autonome avait été adoptée.

En soi, cette baisse du rythme n'est ni positive ni négative, car tout dépend de la valeur ajoutée des textes que l'on adopte. Il est toutefois légitime de s'interroger sur les différentes raisons contribuant au ralentissement de la production normative. Plusieurs facteurs y ont certainement contribué : en premier lieu, le terrain du droit international du travail est, par définition, beaucoup plus balisé aujourd'hui qu'en 1919 ; en deuxième lieu, il faut reconnaître que le consensus tripartite qui avait pu exister en matière normative durant la période dite « *de la guerre froide* » n'existe plus aujourd'hui. En effet, il est généralement reconnu que la production de normes internationales du travail a été favorisée par la concurrence entre le modèle de l'économie de marché et celui de l'économie socialiste. Dans ce contexte, il était probablement plus facile de trouver un consensus sur l'adoption de normes internationales du travail dans la mesure où les employeurs des pays d'économie de marché avaient tout intérêt à démontrer que le système capitaliste était en mesure de favoriser le progrès social. Aujourd'hui, le contexte



est radicalement différent et l'intérêt que certains des membres de l'OIT peuvent trouver à l'adoption de normes est sans doute moins évident qu'auparavant. Le consensus tripartite est donc plus difficile à obtenir, et il convient de démontrer à chaque fois que la norme proposée présente, effectivement, une valeur ajoutée pour les trois mandants de l'Organisation.

Ce ralentissement du rythme de l'adoption des normes ne signifie pas que dans les dernières années l'OIT n'ait pas adopté des normes importantes. Je pense, notamment, à la recommandation n° 198 sur la relation de travail qui fixe des critères très importants pour déterminer le type de relations contractuelles qui devraient être soumises à la législation du travail et les autres relations contractuelles qui pourraient se situer en dehors de cette protection ; la convention maritime qui consolide soixante-sept instruments maritimes différents ; la convention sur le travail domestique déjà citée ; ou encore le protocole sur le travail forcé qui actualise la convention de 1929 sur le travail forcé. Si le rythme d'adoption des normes s'est donc ralenti, les instruments créés sont d'une grande importance.

### *3.2. Les dossiers en cours*

Il faut tout d'abord évoquer, dans le cadre de l'initiative pour le centenaire de l'Organisation, le mécanisme d'examen des normes. Actuellement, se déroule la deuxième réunion du *groupe de travail tripartite sur le mécanisme d'examen des normes*. Le rôle de ce groupe tripartite est de faire des recommandations à notre conseil d'administration, afin de déterminer le degré d'actualisation du *corpus* normatif de l'OIT et d'y identifier, le cas échéant, les éventuelles lacunes qui pourraient éventuellement requérir de nouvelles actions normatives. Il s'agit d'un travail d'une très grande ampleur. Pour l'instant, ce groupe de travail tripartite se concentre sur deux cent trente-et-une normes, incluant les normes qui, dans un exercice précédent d'évaluation, avaient été considérées comme dépassées, ainsi que les normes adoptées entre 1985 et 2000.

En deuxième lieu, l'OIT a entamé un chantier d'élaboration d'une norme sur la violence au travail qui donnera lieu, en 2018, à une première discussion à la conférence internationale du travail.

Enfin, d'un point de vue plus prospectif, on ne peut pas exclure que d'autres sujets d'importance, faisant actuellement l'objet d'études par l'OIT, puissent se profiler à l'avenir. On notera ainsi que les formes de travail atypiques ont donné lieu, en 2015, à une réunion tripartite d'experts qui ont constaté qu'il existait certaines lacunes dans les normes internationales en la matière. Les normes sur le temps de travail feront l'objet d'études et de discussions en 2017 et 2018, pouvant déboucher sur le constat de la nécessité d'actualiser les normes en la matière. Cela étant, comme cela a été mentionné plus tôt, toute activité normative sur ces sujets supposera qu'il existe un consensus tripartite pour aller de l'avant.

En conclusion, je souhaiterais souligner à nouveau que l'OIT reste avant tout une institution normative et, qu'à ce titre, elle est créatrice de droit. Le respect de ces normes et des principes généraux qu'elles contiennent est important, tant pour les pays en développement en train de construire leur droit du travail que pour les



pays de l'Union européenne qui sont en train de réformer leur législation. Dans le même sens, il est également important que les juristes français s'intéressent aux normes en cours d'élaboration au sein de l'OIT, qu'ils ne craignent pas « d'entrer dans la cuisine de l'OIT » pour mieux connaître ce qui s'y passe et pouvoir, le moment venu, contribuer à ses travaux.

---

**Christian Vigouroux**

*Président de section, président adjoint de la section sociale du Conseil d'État,  
modérateur de la table ronde*

Merci. Votre exposé était très vivant, et vous avez bien décrit les institutions et leur fonctionnement.

Je donne la parole au président Grignard qui, par sa vaste expérience d'économiste, de syndicaliste, d'europpéen et d'expert associatif élargira le débat en comparant aussi les différentes organisations que sont, non seulement, l'OIT et l'Union européenne, mais également l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) et l'Organisation mondiale du commerce (OMC) dont il est intéressant de voir en quoi elles s'occupent aussi du droit du travail, amenées dans ce domaine par leurs propres champs d'investigation.

---

**Marcel Grignard**

*Président de Confrontations Europe*

Merci beaucoup M. le président. Je vais me placer dans la droite ligne de ce qui vient d'être dit par M. Beaudonnet, en reprenant à mon compte deux points clés évoqués dans sa conclusion.

Le premier point est que les normes internationales du travail, particulièrement celles de l'OIT, intéressent l'ensemble du monde. Il y a un aspect toujours mis en évidence de la norme qui est de protéger le plus faible, et cela est très important ; mais il y a, par contrecoup, un enjeu de régulation dans un monde où la question de l'activité internationale est de plus en plus forte et intéresse tous les pays, qu'ils soient développés ou en voie de développement.

Le second point qui a été évoqué – j'y reviendrai plus dans le détail – concerne l'évolution de la production de la norme. Je crois que cela ne repose pas uniquement sur le fait que si cette production se réduit, ce serait en raison du nombre important de normes. En effet, les conditions géopolitiques actuelles n'ont plus rien à voir avec celles du début de l'OIT, et expliquent largement le besoin de repenser quelque peu la production de la norme, à la fois dans sa méthode et dans son contenu.

Sur la question de l'OIT, mon propos va être de tenter de parler du comportement des acteurs plutôt que des procédures, lesquelles peuvent être trouvées facilement. Il est, en effet, très important d'avoir une opinion sur les « nœuds » des difficultés pour comprendre aussi la limite du droit international en matière

sociale et, surtout, de voir comment l'on peut dépasser ces limites. L'OIT est un organisme tripartite, cependant les États y ont un pouvoir majeur. Ils représentent 50 % des voix dans l'administration de l'OIT, et ont la responsabilité de valider ou non, de ratifier ou non, une convention, un accord, etc. Ceci montre les limites d'une organisation tripartite.

Ensuite, l'on ne peut pas faire comme si les États à l'OIT n'avaient pas de stratégie, notamment de défense de leurs intérêts nationaux. Pour préciser les choses, il est assez significatif de voir que des normes très importantes, voire fondamentales, ne sont pas ratifiées par de grands et riches États ; un peu comme si, pour certains d'entre eux, l'objectif premier était de faire en sorte que les normes contraignantes s'appliquent chez les autres, dans un but protectionniste. D'ailleurs, l'on retrouve des stratégies voisines dans des accords bilatéraux entre des États qui peuvent, eux aussi, inclure des références à des normes sociales – ce qui est une autre manière de promouvoir la norme sociale.

L'autre aspect est la très grande difficulté des acteurs de l'OIT à dépasser des situations, nationales ou particulières, de plus en plus hétérogènes et différentes. Au niveau des États membres, c'est assez facile de le décrire en s'interrogeant, par exemple, sur ce qu'il y a de commun entre des pays comme la Colombie, les États-Unis, le Canada, la Pologne, la Chine, etc.

Une hétérogénéité que l'on trouve aussi quant au profil des représentants des employeurs et des représentants des travailleurs. Les premiers ne sont pas tous issus de pays où les employeurs sont organisés collectivement ; on a ainsi un certain nombre d'employeurs, représentants de pays qui, dans les faits, ne reconnaissent pas la négociation collective. Siègent à la même table des employeurs de ce type et d'autres issus d'organisations structurées, comme nous en connaissons en Europe ; ils ont évidemment des approches antagonistes quand, par exemple, il s'agit de traiter de l'avenir de la place de la négociation collective et du droit syndical. Au niveau des travailleurs, au-delà des points de vue généraux, l'homogénéité est loin d'être évidente. Nous connaissons bien ce que sont les tendances dominantes des organisations syndicales en Europe ; mais siègent aussi à l'OIT des représentants syndicaux qui sont toujours sur des logiques « révolutionnaires », et des représentants d'organisations syndicales qui sont des rouages du pouvoir institutionnel – comme par exemple en Chine. Parvenir à une communauté de points de vue ne va pas de soi. Dans les débats, il y a un équilibre compliqué à trouver entre l'intérêt d'un collègue (syndicats, travailleurs, employeurs, État) et l'intérêt national qui, peu ou prou, conjugue le point de vue du Gouvernement, des employeurs et des organisations syndicales concernées. Et parfois, le consensus entre les représentants nationaux au sein des instances internationales est plus fort que le consensus du collègue auquel on appartient. À d'autres moments, c'est un conflit national qui influe le positionnement d'un collègue.

Je souhaiterais mettre en évidence trois points qui, au-delà du comportement des acteurs, me semblent refléter les difficultés de l'élaboration et de la mise en œuvre de la norme.



Le premier point est qu'après les avoir adoptées, les États ont la responsabilité première de ratifier les normes, puis celle de leur mise en œuvre. Or, la plupart du temps, les acteurs déterminants de la mise en œuvre ne sont pas les États (et il y a notamment des États qui ne sont pas des États de droit : ce sont ceux où il n'existe pas d'administration compétente). Et surtout la majeure partie de la question sociale se joue au sein des entreprises. Or celles-ci ne sont pas censées être les acteurs directs de la mise en œuvre des normes ; elles le sont *via* le comportement des États. C'est un handicap très sérieux qui amène des situations à rebours : des entreprises multinationales, implantées dans certains pays, appliquent de fait les normes de l'OIT, alors que le pays en question ne les a pas ratifiées. Ce sont des réalités que l'OIT devrait prendre en compte dans sa stratégie.

Le deuxième point, que j'évoquerai rapidement, renvoie au protectionnisme. Savoir où est la frontière entre les normes sociales qui protègent les travailleurs et font avancer un pays, et celles qui sont une contrainte pour garder une distance entre les pays développés et les pays non développés est une question particulièrement difficile. Elle n'est pas nouvelle.

Le troisième point est culturel. Vous avez rappelé précédemment, et très justement, que l'OIT a constitué une réponse aux drames des deux guerres mondiales. À ce titre, elle a été principalement bâtie sous l'impulsion des Européens – un peu plus largement des Occidentaux. Or, dans le monde actuel, dans des pays importants, l'Inde par exemple, l'essentiel des travailleurs sont dans l'économie informelle et le contrat de travail ne fait pas sens. Dans ce contexte, qu'est-ce qui aujourd'hui est universel dans la production des normes ? Qu'est-ce qui doit être réinterrogé, car issu d'une culture occidentale qui ne fait pas nécessairement sens dans d'autres cultures ?

Je ne suis pas en train d'affirmer qu'il faut relativiser la question des droits fondamentaux ou des droits humains. Mais je souhaite souligner à propos du contenu du travail – rapport au travail et rapport entre les gens – combien les dimensions culturelles sont extrêmement importantes. L'Europe a été le fer de lance de la production de la norme sociale au niveau international, notamment au niveau de l'OIT. Mais nous sommes dans un monde multipolaire, dans une mondialisation beaucoup plus complexe où l'Europe pèse beaucoup moins qu'hier et pourrait peser encore moins demain.

Lors de la précédente table ronde, a été traitée la manière dont sont élaborées les règles en Europe, et leurs conséquences juridiques. Il y a souvent à l'origine des directives européennes un travail des partenaires sociaux qui s'est conclu par un accord, lequel, repris par la Commission, devient droit commun. Il y a aussi des accords volontaires qui sont déclinés ensuite dans les pays de l'Union européenne. Je pense que ce sont des processus connus. Nous disposons, en Europe, de dispositifs robustes pour la construction du droit. Le rôle des partenaires sociaux est sacralisé par le protocole de Maastricht. Les traités ont donné à la Commission, au Parlement européen et au Conseil des rôles extrêmement précis, et l'on est de plus en plus dans la codécision. Mais construire la norme sociale en Europe n'est pas sans difficultés.



L'Union européenne doit faire face à un accroissement très important de son hétérogénéité rendant plus difficile le compromis. Il y a une tension entre la volonté d'un droit européen visant une harmonisation, et des situations qui se différencient fortement sur les terrains économiques et sociaux, mais aussi sur les questions politiques et culturelles comme la montée des replis nationaux, le défi de l'accueil des « migrants », sans oublier les atteintes à la démocratie dans un certain nombre de pays, comme en Hongrie. Tout cela aboutit au total à des situations extrêmement clivantes, comme c'est le cas par exemple entre les pays de Visegrád<sup>122</sup> et le reste de l'Union européenne.

À titre d'exemple, l'on pourrait évoquer la directive « détachement des travailleurs » et le besoin impérieux de la réviser. Sur ce sujet clé, entre liberté de circulation, concurrence et droits sociaux, l'Union européenne, qui est dans une crise profonde, se révèle incapable de développer un compromis à la hauteur des enjeux dans le monde tel qu'il est.

## Conclusion

À côté des lieux de production normative extrêmement importants que sont l'OIT et l'Union européenne, et qui, dans les deux cas, font appel à une forme de tripartisme ou, *a minima*, permettent aux représentants des travailleurs et aux représentants des entreprises d'avoir leur mot à dire, se sont développés un certain nombre d'outils à l'œuvre dans les entreprises. Je les cite très rapidement : s'agissant de l'OCDE, les quarante-deux pays membres ont adopté les principes directeurs qui valent pour les sociétés multinationales et évoquent des sujets très importants (lutte contre la corruption, question de la chaîne d'approvisionnement, etc.) qui sont au cœur de la question sociale et économique. Et si ces normes ne sont pas contraignantes, elles ont mis en place des dispositifs appelés « points de contact nationaux » pour interpeler les entreprises qui ne respecteraient pas ces mécanismes. Il y a aussi le Pacte mondial des Nations Unies (en anglais, « *UN global compact* »)<sup>123</sup> qui se fait en partenariat avec l'OIT, mais qui, sur les objectifs de droits fondamentaux (droits de l'homme, questions de corruption, etc.), donne des buts à atteindre extrêmement précis aux entreprises multinationales.

Il me semble que ce droit souple (en anglais, « *soft law* »), auquel il faut ajouter les accords-cadres internationaux, est extrêmement intéressant à analyser, car il se crée sous la pression des acteurs de la société : il est directement sous la responsabilité des employeurs et de leurs organisations ; avec une implication variable des organisations syndicales représentant les salariés, selon qu'il s'agit de processus négociés ou non, selon leur capacité à se saisir des déclarations d'intention de leurs entreprises. La pression de la société est de plus en plus forte, elle n'accepte plus certains comportements, et n'hésite pas à remettre en cause la réputation des entreprises. L'évolution de la situation concrète des travailleurs dans le monde résulte, pour partie, de ces types d'action et de mobilisation, et pas seulement de l'existence de normes « dures » parfois difficiles à appliquer.

122 Groupe formé en 1991 rassemblant la Hongrie, la Pologne, la République tchèque et la Slovaquie et défendant des positions communes.

123 Lancé en juillet 2000 par le secrétaire général des Nations Unies, ce pacte est composé de principes que des personnes privées, dont des entreprises, se sont librement engagées à respecter.



L'on assiste au niveau de l'OIT à ce double mouvement de baisse de la production de normes contraignantes et d'augmentation du poids des recommandations. Ce basculement résulte, à la fois, de la grande complexité du monde actuel, et de la volonté des acteurs à vouloir traiter directement les problèmes auxquels ils sont confrontés. Ainsi, dans un monde qui va de plus en plus vite, et qui oblige à trouver des formes de régulation les plus adaptées et diversifiées possibles, l'enjeu majeur me paraît être d'inventer de nouvelles coopérations et/ou de nouvelles coordinations entre ce que doit être la norme et le droit « dur », et ce que peuvent produire les acteurs directement concernés.

---

**Christian Vigouroux**

*Président de section, président adjoint de la section sociale du Conseil d'État,  
modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup. Vous êtes dans votre approche au cœur du sujet qui nous réunit dans cette salle-même où la section du rapport et des études a présenté son rapport sur le « droit souple »<sup>124</sup>, et donc cette problématique, y compris dans le droit du travail, de la dialectique entre le droit dur et le droit souple, intéresse toutes les personnes présentes à ce colloque. Je vous remercie également pour avoir abordé le droit du travail non seulement comme contrainte, mais aussi comme potentiel de valorisation pour les entreprises, pour lesquelles et à juste titre vous souligniez l'importance de la notion de réputation – notion qui selon moi est également importante pour les États. Et en rappelant cette idée de réputation des entreprises, vous passiez déjà le relai à M. Sciberras que je suis heureux de solliciter et qui va évoquer la diversité des initiatives, y compris de négociation directe entre grands groupes et confédérations syndicales.

---

**Jean-Christophe Sciberras**

*Directeur des ressources humaines France du groupe Solvay,  
ancien président de l'Association nationale des directeurs de ressources humaines*

Merci M. le président. Comme vous le savez, j'exerce dans le groupe de chimie Solvay, qui est un groupe belge avec une forte implantation internationale, en particulier en France. Et dans ce groupe nous avons conclu en 2013 un « accord-cadre mondial », qui fait suite à une expérience antérieure menée depuis 2004 par le groupe Rhodia, lequel a été racheté par Solvay en 2011.

Pour préciser les propos de mon intervention, je souhaiterais développer la problématique suivante. Face à une réduction quantitative des nouvelles normes internationales, n'y a-t-il pas, en même temps ou successivement, un développement des accords par les grands groupes internationaux qui incorporent les normes internationales dans un contenu qui, du coup, est de nature conventionnelle ?

Précédemment, nous connaissions un mouvement de création de conventions internationales du travail qui, ensuite, étaient ratifiées par des États – mouvement

124 La salle d'assemblée générale.

qui existe toujours mais qui s'est ralenti. Aujourd'hui, il y a une sorte de mouvement parallèle de reprise des conventions internationales par les négociations collectives des grands groupes.

Je souhaiterais analyser ce mouvement en deux temps : préciser concrètement de quoi il s'agit ; puis nous intéresser à la raison pour laquelle certains acteurs mondiaux – grands groupes et organisations syndicales – se sont lancés dans ce processus, afin d'essayer de comprendre ce que cela signifie.

**1)** Historiquement, il s'agit d'un phénomène assez récent. Le groupe Danone s'était lancé dans cette « aventure », en 1988, de façon extrêmement précurseur, mais cette initiative est restée longtemps isolée. En effet, avant l'an 2000, il y avait très peu d'accords mondiaux signés par des groupes multinationaux. Ce n'est qu'à partir du début des années 2000 que l'on a pu assister à un véritable développement de ce type d'accords. On en dénombre aujourd'hui cent vingt qui couvrent quelque dix millions de salariés – je ne parle que des effets directs sur les salariés, car il y a des effets indirects sur d'autres salariés sur lesquels je reviendrai.

Ces groupes sont principalement européens, ou de base européenne : ce sont des groupes mondiaux, mais leurs socles et leurs cultures de base sont européens. Les deux principaux pays « socles » sont la France et l'Allemagne. *A contrario*, sont mal ou très peu représentés dans ces mouvements les groupes dont l'assise se situe dans les pays anglo-saxons ou dans les pays émergents.

Comment se présentent de tels accords ? Il s'agit d'accords formalisés entre la direction générale d'une entreprise appartenant à un grand groupe multinational et une fédération syndicale mondiale sectorielle. Ces dernières sont principalement au nombre de cinq, dont deux sont très actives : il s'agit de la fédération industrielle (nommée *IndustriALL Global Union*), qui recouvre la métallurgie, la chimie, le textile, les mines, etc., et la fédération regroupant les services, dénommée UNI. Ces fédérations mondiales, basées à Genève, comme l'OIT – ce qui n'est pas le fruit du hasard –, sont constituées de regroupements de syndicats affiliés qui sont des syndicats nationaux du même secteur professionnel ayant décidé d'adhérer à ces fédérations. Ces fédérations se sont regroupées entre elles, ce qui fait que leur nombre d'adhérents est significatif. Par exemple, *IndustriALL* possède une base d'environ cinquante millions d'adhérents, ce qui est très important. Cela fait de ces fédérations des interlocuteurs de tout premier plan pour les multinationales.

Quel est le contenu de ces accords ? Ces accords possèdent deux types de contenus : des normes internationales, et des mécanismes de vérification de l'application de ces normes.

S'agissant des normes elles-mêmes, bien souvent ces accords – comme pour le groupe Solvay – reprennent, ou font référence à des conventions internationales de l'OIT (travail forcé, travail des enfants, liberté d'association, égalité de traitement, non-discrimination entre hommes et femmes, etc.). Mais cela va en général plus loin. Le président Grignard a évoqué précédemment les références aux principes du « *Global Compact* » qui sont en fait des adhésions volontaires et unilatérales des entreprises à des principes fondamentaux élaborés dans le cadre de l'ONU.



Les accords mondiaux font parfois référence aux principes directeurs de l'OCDE applicables aux entreprises multinationales. Ces principes n'ont pas de vocation contractuelle mais, du coup, se retrouvent « référencés » dans un document international qui lui est contractuel.

Souvent, les accords conclus incorporent des engagements supplémentaires. Ainsi avons-nous dans le groupe Solvay, qui appartient au secteur de la chimie – secteur par nature dangereux –, un volet important sur les questions d'hygiène et de sécurité de l'environnement qui va bien au-delà des références à des conventions internationales qui porteraient sur ces thèmes. Par exemple, nous nous engageons dans cet accord à dire que nous traitons exactement de la même manière, en matière de sécurité du travail, nos salariés et tous ceux qui, venant d'autres entreprises, travailleraient dans les enceintes de nos sites de production.

S'agissant du champ d'application de ces accords, je souhaiterais évoquer la question de savoir à qui s'appliquent ces accords. Qui sont les titulaires d'une « créance » sur ces accords ?

Clairement, ces accords s'appliquent typiquement aux salariés employés par les sociétés du groupe, tout du moins dans celles dans lesquelles le groupe possède une participation majoritaire. Il est rare que certains pays soient exclus, comme ce fut le cas avec l'accord « Danone », en 1988, qui avait exclu les États-Unis de son champ d'application, compte tenu du problème que posait la reconnaissance par les dirigeants américains du groupe de la liberté syndicale. Mais, d'une manière générale, les fédérations syndicales mondiales n'acceptent pas que l'on puisse exclure tel ou tel État, car c'est justement ce refus de certains États de ratifier certaines conventions de l'OIT qui fait que les fédérations syndicales recherchent la couverture mondiale par le biais des grands groupes multinationaux.

Ce qui est intéressant également, c'est que les bénéficiaires de ces accords ne se limitent pas aux seuls salariés des grands groupes. Très classiquement, l'on voit dans ces accords des clauses qui prévoient que le grand groupe va demander à ses fournisseurs et à ses sous-traitants d'appliquer les clauses de l'accord, avec également des mécanismes très spécifiques, puisque c'est par le canal des relations commerciales. Par exemple, au niveau de l'accord du groupe Solvay, en cas de violation d'un droit fondamental, nous avons une procédure de mise en demeure de l'entreprise fournisseur qui ne le respecterait pas ; et après cette mise en demeure restée infructueuse, l'accord prévoit, de manière très directe, que le contrat commercial sera rompu avec le fournisseur ou le sous-traitant. Ainsi, les bénéficiaires de l'accord sont non seulement des salariés du groupe, mais également, par un effet de « propagation » – certes difficile à mesurer –, les salariés d'autres entreprises que sont les fournisseurs et les sous-traitants.

**2)** Dans ce contexte, *quid* de la question de la force obligatoire de ces accords qui ont été mis en place de façon volontaire ? Ou, autrement dit, dans quelle mesure de tels accords sont-ils opposables aux entreprises qui ne les respecteraient pas ?

La première force est l'engagement moral, résultant de la décision de la direction d'un grand groupe, au plus haut niveau, de respecter un certain nombre de



principes fondamentaux. Et, lorsque l'on connaît l'organisation des groupes mondiaux, l'on mesure le poids de cet engagement. Bien sûr, ceci se combine avec des mécanismes de communication du texte à l'intérieur et à l'extérieur de l'entreprise. Par exemple, dans le groupe Solvay, il est prévu qu'à l'embauche, le texte de l'accord est remis au nouveau salarié. Ces accords doivent également être affichés dans l'entreprise. Par ailleurs, ils sont publiés dans les rapports annuels que nous éditons.

Mais cette dynamique de communication n'est pas suffisante. Il existe un deuxième niveau quant à la « pénétration » de l'accord dans le corps social que constitue l'entreprise, qui réside dans les mécanismes de vérification – que les anglo-saxons appellent la « *compliance* » – mis en place pour s'assurer du respect de l'accord.

Il existe cependant des différences assez significatives dans le contenu des accords. Certains ne prévoient qu'assez peu de choses sur le plan des procédures de vérification du respect de l'accord. D'autres accords vont plus loin. S'agissant de l'accord Solvay, sont prévues deux visites annuelles dans un pays choisi par l'organisation syndicale internationale : une visite de vérification générale de la bonne application de l'accord, et une visite plus spécifique sur les questions d'hygiène et de sécurité et d'environnement. Il s'agit de visites de terrain, avec des représentants des fédérations syndicales, et avec des spécialistes des questions de sécurité du travail.

La question du contentieux peut être posée. Il n'existe, à ma connaissance, pas de cas connu. On peut se poser la question de savoir si, en France, ce type d'accord pourrait être considéré comme un accord collectif. Sans doute pas, car il ne répond pas à un ensemble de critères formels (n'étant pas signés par des organisations syndicales représentatives françaises, etc.). Pour cela, il faudrait qu'ils soient signés non seulement par la fédération syndicale mondiale, mais également par les organisations syndicales représentatives françaises. Dans cette hypothèse, l'on pourrait donner à cet accord une force d'accord collectif à l'égard des salariés employés en France. Ceci dit, on peut sans doute reconnaître qu'un tel document a au moins la valeur d'un engagement unilatéral, et cela signifie quelque chose en matière d'opposabilité si la question devait se poser ; ce qui ne manquera pas de se produire tôt ou tard.

Pourquoi donc ces accords mondiaux, alors qu'aucune obligation ne pèse sur ces grands groupes internationaux ?

Rappelons qu'en la matière, les initiatives sont d'abord d'origine syndicale. Ce sont, en effet, les organisations syndicales qui sont venues trouver les directions des grands groupes au début du XXI<sup>e</sup> siècle en leur proposant de s'engager dans cette voie.

Quel est l'intérêt des organisations syndicales, et quels sont les mécanismes explicatifs de leur démarche ? Le premier mécanisme important est de constater qu'un certain nombre de conventions internationales ne sont pas ratifiées par des États où les grands groupes opèrent. Et, par ailleurs, quand les conventions sont ratifiées, le constat des fédérations syndicales est qu'il ne suffit pas qu'un



État ratifie une convention internationale pour qu'elle produise des effets dans un pays ; encore faut-il que des administrations de contrôle soient en place, que des juridictions fonctionnent sans être influencées par le risque économique qui pourrait résulter de ce qu'un acteur se plaint que, dans tel ou tel pays, l'on applique des conventions internationales que d'autres pays n'ont pas ratifiées. Dans ce contexte, le risque économique pour le pays en question serait que la firme multinationale le quitte. Devant ces faiblesses du rôle de l'État dans un certain nombre de pays, la démarche consiste à avancer à travers les entreprises multinationales, et non à travers des systèmes étatiques défailants.

Quant aux salariés, il s'agit pour les syndicats de leur attribuer des droits nouveaux. Cela est particulièrement vrai dans les pays émergents, face à des firmes multinationales pour lesquelles les droits fondamentaux – qui posent assez peu de problèmes dans les pays développés (même si aux États-Unis la question de la liberté d'association reste un sujet délicat) – ne vont pas de soi. Cela permet une propagation des droits à l'égard des salariés des pays émergents et, s'agissant des fournisseurs, à l'égard de salariés tiers. Cet effet de propagation conditionne comme on l'a vu la survie du contrat commercial.

Enfin, il doit être noté que les organisations syndicales sont mondiales et en quête de légitimité, et que la reconnaissance par un grand groupe multinational leur donne cette légitimité dont elles peuvent se prévaloir, notamment dans les enceintes internationales du système onusien.

Pourquoi une entreprise multinationale se lance-t-elle dans cette démarche d'accord mondial ?

Le premier niveau de réponse est un niveau – sans doute très pragmatique – de gestion du risque. Les fédérations syndicales mondiales appartiennent à un mouvement de développement du rôle des organisations non gouvernementales dans le monde. C'est quelque chose que l'on peut repérer assez facilement, et elles participent de ce mouvement. Donc, pour une entreprise, être capable de travailler avec un interlocuteur qui peut, en cas de difficultés majeures, témoigner de ce que vous faites est quelque chose d'important.

Le deuxième niveau de réponse réside dans le développement de l'évaluation des entreprises, dans un monde où elles sont de plus en plus jaugées, notamment par rapport à leur niveau d'engagement en direction d'un développement durable ou de responsabilité sociale et environnementale (RSE). Le fait d'avoir conclu un accord mondial est, dans ce cadre, un « plus » valorisé par les agences de notation, parce que cela figure clairement dans leurs indicateurs de mesure extra-financière de la performance de l'entreprise en matière de RSE. En effet, avoir un socle de droit commun dans une entreprise mondiale est un instrument de fédération des salariés autour de leur entreprise, diverse par nature, avec des enjeux de fierté d'appartenance et de rétention des compétences et des talents. Aussi, se doter de normes communes, en outre avec la légitimité d'un acteur syndical externe, est considéré comme positif pour le développement de l'entreprise.



Le troisième et dernier élément de réponse, sur lequel nous insistons beaucoup au sein du groupe Solvay, est le risque que courent les grands groupes de ne pas être assez « challengés ». En effet, pour progresser et ainsi se développer, les entreprises doivent constamment se re-questionner. Les sources doivent être multiples et, s'agissant de la gestion du personnel, c'est bien le rôle que doivent jouer les organisations syndicales. Ce n'est pas toujours simple à accepter ; avec *IndustriALL*, Solvay a eu à faire face à des questions difficiles, notamment sur le recours à la sous-traitance sur site. Si l'on veut progresser dans une entreprise, les mécanismes internes ne sont pas toujours suffisants. C'est pourquoi, des organismes tiers, indépendants, comme des syndicats mondiaux, peuvent nous aider à nous améliorer et à être en pointe dans notre secteur.

Au fond, ce qui compte vraiment est « l'effectivité » de la protection apportée par le droit. Le droit dur n'est pas toujours effectif ; en revanche, un tel droit souple négocié peut se révéler plus effectif pour ceux que les instruments ou les normes concernent, c'est-à-dire les salariés.

Pour conclure, je voudrais vous faire part de ce qui me paraît être un paradoxe : on a le sentiment que l'Europe n'est plus très active en matière sociale. Pourtant le fait que ce soient essentiellement des groupes européens, dont le siège est situé sur le continent européen, qui aient signé de tels accords mondiaux montre que notre modèle économique et social européen a un message à faire passer et, plus encore, des actions à réaliser.

---

**Christian Vigouroux**

*Président de section, président adjoint de la section sociale du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci pour cette intervention qui complète les propos des deux premiers intervenants. Nous allons maintenant nous tourner vers la salle pour un échange de questions/réponses.





# Échanges avec la salle

---

---

## *Question du public*

*Je m'interroge sur la production normative de l'OIT et plus particulièrement sur la faiblesse des normes en matière de santé et de sécurité au travail ; faiblesse particulièrement visible lorsque l'on regarde l'évolution normative des deux dernières années, y compris sur des sujets fondamentaux pour la protection des travailleurs, comme par exemple l'amiante. Y a-t-il une explication à ce phénomène ?*

---

*Christian Vigouroux*

*Je prends une seconde question avant de laisser les orateurs vous répondre.*

---

## *Question à M. Beaudonnet*

*Vous avez évoqué les problématiques actuelles concernant la révision des normes, mais il y a aussi un second volet qui concerne l'interprétation et les organismes de contrôle. Ce point-là fait partie des réticences actuelles à l'intérieur du système tripartite – sans même évoquer les pays qui votent les conventions mais ne les ratifient pas, ou ceux qui les évitent grâce à leur système juridique qui applique d'abord la loi nationale. Vous avez évoqué une régulation coordonnée au niveau international, mais cela ne constitue pas une règle commune à tous les États. Que penser de ce système d'interprétation des normes ?*

---

*Xavier Beaudonnet*

*Au niveau des instruments de santé et de sécurité, il existe un certain nombre d'instruments qui présentent une vraie valeur ajoutée et qui sont assez complémentaires entre eux : il s'agit soit d'instruments très généraux qui demandent aux États de mettre en œuvre une politique, comme par exemple avec la convention n° 187 de l'OIT relative au cadre promotionnel pour la sécurité et la santé au travail, soit d'instruments plus précis, entrant davantage dans le détail, comme la convention n° 155 concernant la sécurité, la santé des travailleurs et le milieu de travail, soit de conventions sectorielles comme en matière de chimie, de la construction ou des mines. Il y a des principes importants dans ces normes, comme par exemple le droit de retrait du travailleur dans une situation dangereuse<sup>125</sup>. Bref, même s'il y a toujours matière à débat et à amélioration, il ne me semblerait pas adapté de considérer comme faibles*

---

<sup>125</sup> La convention n° 155 du 22 juin 1981 relative à la sécurité et à la santé des travailleurs prévoit un « droit de retrait » du travailleur en cas de péril imminent pour sa vie ou sa santé.

*les normes internationales du travail en matière de santé et de sécurité au travail. Enfin, il fait noter que ces normes vont donner lieu prochainement à des débats puisque, en 2016, l'étude d'ensemble de la commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations va porter sur une série d'instruments de santé et de sécurité.*

*En ce qui concerne la convention n° 162 sur l'amiante, il s'agit d'un instrument qui, effectivement, soulève des questions qui suscitent des demandes d'amélioration. À cet égard, il convient de rappeler, d'une part, que ce qui sort de la « cuisine » de l'OIT dépend du consensus que nos mandants tripartites sont en mesure d'atteindre ; et souligner, d'autre part, que la convention n° 162 fera partie des différents instruments examinés prochainement dans le cadre du mécanisme d'examen des normes.*

*Concernant la seconde question, il faut noter que les débats tripartites, qui ont lieu en ce moment dans le cadre de l'initiative pour le centenaire de l'OIT, ne concernent pas seulement l'élaboration de normes, mais également les organes de contrôle de l'OIT. Il s'agit là d'un débat fondamental, car même si ces organes ne constituent pas des tribunaux, leur rôle est fondamental pour préciser de manière cohérente le sens et la portée des instruments de l'OIT – et assurer leur bonne application. De plus, sans remettre en cause l'importance et l'indépendance des pouvoirs judiciaires nationaux, s'il n'y a pas d'organe international qui soit en mesure, de manière unitaire, de donner une lecture internationale de ces instruments, l'on peut se demander comment pourrait subsister de manière durable un droit international du travail.*

*À cet égard, je souhaiterais souligner le rôle intéressant de la France.*

*En effet, dans le système de l'OIT l'un des éléments du débat est qu'il est difficile de trancher de manière définitive les débats d'interprétation des normes, car la constitution de l'OIT indique que seule la Cour internationale de justice (CIJ) est en mesure de donner une interprétation authentique des conventions de l'OIT ; sauf que la dernière fois que cette cour a été saisie, c'était... avant-guerre – il s'agissait à l'époque de la Cour permanente de justice internationale (CPJI). Donc, tel qu'il est, le système est très peu opérationnel. Toutefois, dans la constitution de l'OIT, il existe une autre possibilité intéressante qui est celle de pouvoir créer un tribunal au sein de l'OIT pour régler de façon claire et précise les problèmes d'interprétation des conventions. C'est ici que je souligne le rôle de la France, car dans les débats de ces dernières années, elle s'est distinguée – contrairement à d'autres acteurs – par le fait de soutenir la création d'un tel organe.*

---

*Marcel Grignard*

*J'apporterais deux compléments. Sur le sujet de l'amiante, il suffit de regarder ce que font les grands pays producteurs d'amiante, notamment en Amérique du Nord, pour comprendre ce dossier si particulier... Sur les questions du contenu des normes et de leur interprétation, lorsque j'étudie la situation européenne*

– ce qui est mon travail quotidien au sein de *Confrontations Europe* – je reste frappé par le fait que, quel que soit le pays de l'Union européenne qui est étudié, lorsque l'on apprécie ces questions-là, on le fait au regard du prisme national. De sorte que l'on fait très peu d'effort pour comprendre les cultures et les situations de nos voisins. Or, le compromis ne peut résulter que d'une capacité à prendre en compte, pour partie au moins, des cultures, des histoires ou des manières de faire qui ne sont pas les nôtres. Je vois ainsi en France, à peu près dans tous les débats que je connais sur la question européenne, des Français qui expliquent que la solution, y compris sociale, c'est de dupliquer en Europe des solutions nationales. On a donc ce problème-là qui est redoutable, qui se pose également à l'échelle mondiale, et qui est une déformation de l'empathie ou de l'altérité qui, seules, permettent de penser un intérêt commun.

---

### *Question du public*

Parmi les thèmes de réflexion évoqués, je suis surpris que certaines réalités d'aujourd'hui n'aient pas été prises en compte par M. Beaudonnet, à savoir que nous sommes actuellement dans un monde en pleine mutation (mondialisation, essor du numérique) avec notamment comme conséquence des mouvements importants de travailleurs qui sont détachés d'un pays à l'autre, soit de façon permanente, soit de façon temporaire. Pourquoi cette mutation n'est-elle pas suffisamment prise en compte dans les thèmes de réflexion de l'OIT, alors qu'il s'agit d'un sujet majeur dont les conséquences sont traitées soit au niveau de l'Union européenne, soit au niveau des États ? N'y a-t-il pas une sorte de confusion dans les réflexions menées actuellement, notamment en ce qui concerne les protections accordées aux travailleurs du secteur numérique, par rapport à toutes les conventions de l'OIT qui restent dans une vision « classique » du travailleur ou du salarié ?

---

### *Xavier Beaudonnet*

Vous avez tout à fait raison. Je signalerai deux éléments en réponse à votre question. Un fait certain est que notre structure tripartite est une force, car elle permet aux normes qui existent d'avoir une assise solide et beaucoup de légitimité. En contrepartie, le prix à payer de ce système tripartite et universel est peut-être parfois une certaine lourdeur ; à cet égard l'on peut évoquer le sujet des travailleurs domestiques, sujet dont je soulignais qu'il avait été mis à l'ordre du jour dans les années 1930, alors que c'est seulement en... 2011 qu'une convention avait été adoptée en la matière.

Il est vrai qu'aujourd'hui beaucoup de choses s'accélèrent dans le monde du travail, et cela constitue un vrai défi pour l'OIT d'être en mesure de répondre, avec le rythme approprié, aux changements qui apparaissent. Certes, l'OIT peut apparaître peu souple, mais elle n'est pas aveugle : il existe, par exemple, en ce moment, une initiative intéressante sur l'avenir du travail. Dans la perspective des cent ans de l'OIT, l'une des initiatives de l'organisation est de réfléchir sur les

*mutations du travail en cours et, dans ce contexte, l'un des éléments importants est l'économie numérique. Mais, il ne s'agit que d'une réflexion qui devra ensuite mûrir techniquement et politiquement. Quelles seront les éventuelles conséquences normatives en la matière ? Combien de temps cela va-t-il mettre ? Ce sont là des questions importantes auxquelles je ne peux pas répondre aujourd'hui. Mais, au-delà de la capacité de l'OIT à répondre dans les meilleurs délais aux évolutions du monde du travail, il ne faut pas oublier qu'il existe tout un ensemble de principes fondamentaux qui sont présents dans les normes de l'OIT, et qui s'appliquent à l'ensemble des secteurs ; cela assurément avec des conséquences à tirer de leur application, comme par exemple en matière de liberté syndicale et de négociation collective qui, en vertu des normes de l'OIT, ne se limitent pas aux seuls travailleurs salariés. Il y a donc là des éléments de réflexion pour appliquer des normes existantes aux réalités nouvelles.*

---

#### *Question à M. Sciberras*

*Comment réagissez-vous lorsque vous introduisez dans un État les normes mondiales du groupe Solvay, alors même que cet État est très réticent sur le type de normes que vous allez appliquer parce qu'il a décidé de ne pas traiter ce sujet ? Avez-vous déjà rencontré ce phénomène, et si oui comment le traitez-vous ?*

---

#### *Jean-Christophe Sciberras*

*La première perturbation est avec nos équipes locales qui connaissent le droit du travail de leur pays et qui, soudainement, sont confrontées à des obligations nouvelles en provenance du siège du groupe Solvay. Dans la chaîne managériale, lorsque l'on signe un accord, il est peut-être souple du point de vue du droit du travail, mais du point de vue de la chaîne managériale il s'agit de droit dur. La première question qui se pose est de savoir convaincre nos collègues locaux.*

*Je prendrais un exemple très concret : la question de la liberté d'association – la liberté syndicale – aux États-Unis. Pour des raisons culturelles, il s'agit là d'un sujet difficile dans ce pays. Les dirigeants américains ont, en effet, pour mission – c'est dans leur travail, et c'est même enseigné à l'université – d'expliquer que la présence syndicale est en fait une présence nuisible à l'entreprise et donc aux salariés. La convention n° 87 de l'OIT sur la liberté syndicale n'a d'ailleurs pas été ratifiée par les États-Unis. Et pour nous, lorsque la question se pose, c'est un gros travail de pédagogie ; car il ne suffit pas de dire, dans des grands groupes, que le président a dit « il faut faire ça ». Ce n'est pas comme cela que les choses fonctionnent, surtout lorsque l'on a affaire à des phénomènes culturels extrêmement puissants. Cela suppose du temps et de la pédagogie, mais aussi des lignes claires et des lignes rouges à ne pas franchir pour convaincre.*

*Sur ces questions, on peut donc avoir, même dans un pays très développé comme les États-Unis, des difficultés opérationnelles. Ceci dit, le groupe Solvay a des valeurs auxquelles nous sommes très attachés et qui conditionnent nos*

performances économiques. Plus précisément, le principe du respect que l'on doit aux salariés est une des valeurs du groupe. Traduit concrètement en matière syndicale, cela signifie que ce respect indique que c'est aux salariés de choisir s'ils veulent ou non d'un syndicat dans leur entreprise, et que la direction n'a dès lors pas à influencer leur choix. Normalement, lorsque vous avez des principes clairs, ils se déclinent bien.

---

### *Question du public*

Compte tenu de la quantité et de la qualité du travail de l'OIT, je suis étonné de constater que le nombre de moyens soulevés devant le juge administratif et tirés des règles de l'OIT est minime. N'y a-t-il pas là un problème de diffusion de la connaissance des règles ? Sur un autre sujet, qui est celui de l'immigration, est-ce que l'OIT va s'emparer du droit au travail des migrants ?

---

### *Xavier Beaudonnet*

Sur la question de la diffusion des normes de l'OIT pour les juridictions nationales, c'est un sujet sur lequel l'OIT travaille depuis une quinzaine d'années, alors qu'auparavant ce n'était pas le cas. Notre centre de formation basé à Turin développe un programme spécifique de formation des magistrats en matière de droit international du travail. Il serait probablement intéressant que des magistrats des pays industrialisés, actuellement minoritaires dans ce type de formations, y participent de manière plus importante.

La question des migrations de travailleurs constitue une préoccupation pour l'OIT depuis ses origines. Il existe en la matière deux conventions importantes : les conventions n° 97 et n° 143 qui sont en grande partie à jour<sup>126</sup>. Il faut savoir que régulièrement l'OIT traite de la question des travailleurs migrants. D'ailleurs, au cours des années à venir, il va y avoir des discussions importantes sur cette question. Mais il est très difficile de trouver un consensus sur ces questions-là, tant la diversité des intérêts est grande entre les pays.

---

### *Marcel Grignard*

Autant je suis d'accord pour dire que l'OIT a un rôle très important sur la question des migrations, autant je dis que l'Union européenne ne peut pas se défaire de cette question, car elle est plus à même de traiter ce genre de problème qui est à la fois circonscrit et global. En effet, l'Union européenne ne peut pas traiter, d'un côté, ses problèmes de sécurité intérieure et ses relations aux frontières avec les pays tiers, et, de l'autre, ne pas traiter en même temps la question de l'immigration et des travailleurs migrants. C'est de sa responsabilité que de traiter le problème dans sa globalité.

---

126 Convention n° 97 du 1<sup>er</sup> juillet 1949 concernant les travailleurs migrants ; et convention n° 143 du 24 juin 1975 sur les migrations dans des conditions abusives et sur la promotion de l'égalité de chances et de traitement des travailleurs migrants.

---

**Christian Vigouroux**

*Président de section, président adjoint de la section sociale du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci à tous pour votre participation et pour votre écoute attentive. En résumé, je préciserai rapidement que, contrairement aux critiques récurrentes sur un droit du travail qui serait nivelé par le bas dans un monde globalisé, nous avons eu le plaisir d'entendre parler de diversité des normes – essayant de comprendre les différentes voies et positions dans cette machine à produire de la norme du droit du travail international qu'est l'OIT –, de négociation entre différentes parties qui souvent avancent masquées et avec un jeu d'influence complexe, et de ténacité dans la durée. Pour tout cela, que nos trois orateurs soient remerciés.



# Les normes internationales et la flexibilité

Près de cent ans après la création de l'Organisation internationale du travail (OIT), le marché du travail connaît une transformation profonde marquée, entre autres, par l'apparition de nouvelles formes d'emploi liées à la révolution numérique, des trajectoires professionnelles sans cesse plus heurtées et la persistance d'un chômage de masse. Cette mutation appelle la définition de nouveaux équilibres entre exigences de protection et de flexibilité à laquelle il est indispensable que les organisations internationales et les autorités nationales œuvrent de concert.

## Sommaire

---

Biographie des intervenants.....	87
Actes.....	89
Échanges avec la salle.....	109



# Biographie des intervenants

---

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

## Modérateur

**Olivier Dutheillet de Lamothe**

*Président de section (h) du Conseil d'État*

Diplômé de l'Institut d'études politiques de Paris et ancien élève de l'ENA, Olivier Dutheillet de Lamothe intègre le Conseil d'État en 1975 où il a notamment exercé les fonctions de responsable du centre de documentation et de commissaire du gouvernement. Il est conseiller technique au cabinet du ministre de la santé et de la sécurité sociale (1979-1981) et conseiller au cabinet du ministre des affaires sociales et de l'emploi (1986-1987). En 1987, il est nommé directeur des relations du travail au ministère des affaires sociales et de l'emploi, puis au ministère du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle. Il devient, en 1995, conseiller social à la Présidence de la République puis, en 1997, secrétaire général adjoint de la Présidence de la République. De 2001 à 2010, il est membre du Conseil constitutionnel. Il préside, de 2011 à 2014, la section sociale du Conseil d'État. Il est aujourd'hui avocat associé à CMS Bureau Francis Lefebvre. Il a publié divers articles dont « Le Conseil constitutionnel et le processus d'intégration communautaire », in *L'État souverain dans le monde d'aujourd'hui - Mélanges en l'honneur de J.-P. Puissochet*, éd. Pedone, 2008, et « Le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », in *Mélanges en l'honneur de Bruno Genevois*, éd. Dalloz, 2008.

## Intervenants

**Bernard Thibault**

*Administrateur du Bureau international du travail, ancien secrétaire général de la CGT*

Bernard Thibault entre en 1974 à la SNCF comme apprenti : il y est embauché en 1976 comme « ouvrier du matériel » après l'obtention du CAP de mécanique générale. Il adhère à la CGT en 1977, et devient responsable de la Commission des jeunes de son syndicat. Il est élu secrétaire général de la Fédération des cheminots CGT en 1993. Entré au Bureau de la Confédération CGT en 1997, Bernard Thibault est élu secrétaire général de la CGT au congrès de Strasbourg, en 1999, en remplacement de Louis Viannet. Il effectuera quatre mandats jusqu'en mars 2013 (congrès de Toulouse). Il est élu en juin 2014 membre du Conseil d'administration de l'Organisation internationale du travail (OIT) représentant les travailleurs. Bernard Thibault est l'auteur de plusieurs publications parmi lesquelles : *Ma voix ouvrière* publiée chez Stock en 2005, et *La troisième guerre mondiale est sociale* publiée aux éditions de l'Atelier en 2016.

## **Rudi Delarue**

*Chef d'unité adjoint à la DG « emploi, affaires sociales et inclusion » de la Commission européenne*

Rudi Delarue est chef adjoint de l'unité en charge des questions internationales à la direction générale emploi, affaires sociales et inclusion de la Commission européenne depuis octobre 2013. Diplômé en droit de l'université catholique de Louvain (1986) et du collège européen de Bruges, il est conseiller senior à la Confédération des syndicats chrétiens de Belgique (ACV/CSC) de 1987 à 1999. Membre du Conseil national belge du travail, du Comité européen sur le dialogue social, et conseiller du porte parole des ouvriers à la commission tripartite sur l'application des normes de l'Organisation internationale du travail (OIT), il négocie de nombreuses conventions collectives nationales belges et opinions conjointes des partenaires sociaux, ainsi que plusieurs accords-cadres avec les partenaires sociaux de l'Union européenne. Administrateur principal à la Commission européenne, il occupe différents postes en lien avec les relations extérieures de l'Union européenne dans le domaine de l'emploi, des affaires sociales, du dialogue social et des relations industrielles (1999-2008). Il est directeur du bureau Union européenne de l'OIT de 2008 à 2013. Rudi Delarue publie régulièrement des articles en matière sociale et économique.

## **Raymond Soubie**

*Président des sociétés de conseil Alixio, Taddeo et du groupe AEF*

Ancien élève de l'École nationale d'administration (ENA), Raymond Soubie est expert en gestion de crise et politiques sociales. Conseiller pour les affaires sociales et culturelles auprès des Premiers ministres Jacques Chirac et Raymond Barre, puis directeur général du groupe de presse professionnelle *Liaisons* de 1982 à 1991, il crée en 1992 le cabinet de conseil en ressources humaines Altédia. Ancien conseiller du Président de la République (2007-2010), il fonde en 2010 le groupe Arfilia, qui comprend des sociétés spécialisées dans l'information, le conseil et le service aux entreprises, chacune *leader* dans son domaine d'activité : AEF (information spécialisée), Alixio (conseil en stratégie sociale et accompagnement du changement), Taddeo (conseil en stratégie de communication), DZA (cercles d'échanges et événements pour multinationales étrangères) et Missioneo group (portage salarial, en contrôle conjoint avec Patrick Levy Waitz). Il est ancien membre du bureau et président du groupe des personnalités qualifiées du Conseil économique, social et environnemental (2010-2015).



# Actes – Les normes internationales et la flexibilité

---

**Olivier Dutheillet de Lamothe**

*Président de section (h) du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

La notion de flexibilité est assez peu présente dans notre culture sociale.

En matière de droit du travail, les premières grandes lois du XIX<sup>e</sup> siècle portaient sur la protection des enfants, des femmes, et sur le travail de nuit. Ce droit est également fondé sur le principe de faveur<sup>127</sup> qui, même s'il n'a pas valeur constitutionnelle, est un principe fondamental de droit du travail. Enfin, il est fondé sur la hiérarchie des normes, principe auquel sont attachés nombre de salariés et d'organisations syndicales – comme l'ont montré les débats qui ont eu lieu sur la loi « travail »<sup>128</sup>.

Au fond, la flexibilité n'a été introduite que récemment en France. Pour ce qui concerne l'aménagement du temps de travail, nous pouvons la faire remonter aux lois dites « Auroux » de 1982<sup>129</sup> et aux premiers accords dérogatoires en matière d'aménagement du temps de travail, qui ont ensuite connu le développement que l'on sait. À la même époque, a été adoptée une législation très restrictive sur l'intérim<sup>130</sup> qui a eu l'immense avantage de moraliser cette profession, et de conduire à sa concentration ce qui a eu pour effet d'accroître fortement son développement.

Il me semble que l'Union européenne a joué un rôle décisif dans l'introduction de ce concept en France, et cela est dû à quelque chose dont on n'a pas toujours conscience qui est l'influence dans l'Union européenne des pays nordiques lorsqu'ils l'ont rejointe (Danemark, Pays-Bas, Suède), car ceux-ci ont en fait une autre approche du droit du travail que la nôtre, fondée sur une *vraie conciliation de l'économique et du social*. C'est-à-dire que ces pays considèrent structurellement qu'il n'y a pas d'antinomie entre l'aspect économique et l'aspect social ; alors qu'en France, en règle générale, on les oppose, contrairement aux pays nordiques qui

---

127 Le principe de faveur ou ordre public social est consacré à l'article L.2251-1 du code du travail, aux termes duquel : « *Une convention ou un accord peut comporter des stipulations plus favorables aux salariés que les dispositions légales en vigueur. (...)* ».

128 Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, dite également loi « El Khomri ».

129 Ensemble de quatre textes ayant modifié plus d'un tiers du code du travail : loi n° 82-689 du 4 août 1982 relative aux libertés des travailleurs dans l'entreprise ; loi n° 82-915 du 28 octobre 1982 relative au développement des institutions représentatives du personnel ; loi n° 82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail ; et loi n° 82-1097 du 23 décembre 1982 relative aux comités d'hygiène, de sécurité et des conditions de travail (CHSCT).

130 V. en ce sens l'ordonnance n° 82-130 du 5 février 1982 modifiant les dispositions du code du travail relatives au contrat de travail à durée déterminée ainsi qu'à certaines dispositions du code civil.

recherchent un équilibre entre la compétitivité des entreprises et la sécurité des salariés. D'où leur rôle essentiel, me semble-t-il, pour introduire la flexibilité sous toutes ses formes.

Des lignes directrices pour l'emploi<sup>131</sup> ont été introduites par le traité d'Amsterdam (1997). Elles ont été conçues – et cela illustre tout à fait mes propos précédents – par Allan Larsson, ancien ministre des finances de la Suède de 1990 à 1991. Ces lignes directrices ont contribué à un développement de la flexibilité en France, avec notamment : la fin des préretraites – véritablement arrêtées sous l'influence européenne et qui avaient de lourdes conséquences budgétaires pour les entreprises et même pour certains salariés comme les cadres –, le développement du temps partiel – à l'image des Pays-Bas –, l'aménagement du temps de travail, et la baisse des charges sur le coût du travail non qualifié – qui est une politique promue au niveau européen.

Ces lignes directrices s'inscrivent dans ce que l'on appelle la méthode ouverte de coordination (MOC) de l'Union européenne, qui peut être décrite comme une forme de droit souple par opposition au droit « contraignant ». En effet, les éléments juridiques contraignants en matière de flexibilité sont beaucoup moins nombreux : il y a eu quelques directives, comme celles sur le « temps de travail »<sup>132</sup>, ou sur le « détachement »<sup>133</sup> dont les abus ont conduit à une proposition de modification pour y inclure la rémunération<sup>134</sup>.

C'est donc l'Union européenne qui a joué un rôle très important pour l'introduction du débat et le développement de la flexibilité en France. À cet égard, je me souviens que lorsque j'étais directeur du travail dans les années 1990, j'ai eu la chance de connaître le grand syndicaliste Emilio Gabaglio, à l'époque secrétaire général de la Confédération européenne des syndicats (CES), qui m'avait surpris en affirmant, lors d'un débat, qu'il n'avait pas peur de prononcer le mot de « flexibilité » à condition qu'on l'assortisse des conditions nécessaires pour les salariés ; alors que prononcer ce mot en France vous exposait immédiatement à une polémique.

Il me semble qu'en sens inverse, l'OIT tend, par sa politique normative, à freiner le développement de la flexibilité. L'OIT est à l'origine de nombreuses normes internationales depuis 1919 – comme il a été rappelé lors des séances précédentes. C'est-à-dire qu'elle a développé des normes internationales à une époque où les législations nationales étaient elles-mêmes encore balbutiantes, à tout le moins pas aussi développées qu'aujourd'hui. Et c'est d'ailleurs l'un des problèmes de l'OIT que d'actualiser des normes qui sont souvent anciennes et, de ce fait, parfois quelque peu dépassées.

---

131 V. notamment les sites Internet de la Commission européenne (rubrique : Stratégie européenne pour l'emploi) et du Parlement européen (fiche technique n° 2.3.3 La politique en matière d'emploi).

132 Directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail.

133 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.

134 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° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »).



Ce qui me frappe par rapport aux évolutions successives qu'a connu l'OIT dans sa politique, c'est qu'elle reste très attachée à cette approche normative comme le montre, d'une part, la révision générale de l'ensemble des normes de l'OIT qui a été engagée (et doit s'achever en 2019) et qui doit permettre d'actualiser et d'améliorer le *corpus* des normes de l'OIT – certes, il y a peu de conventions nouvelles, mais le travail d'actualisation du stock des conventions représente un énorme travail normatif –, et comme le montre, d'autre part, la réflexion en cours sur le renforcement des procédures de contrôle, qu'il s'agisse de la Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations<sup>135</sup> ou du Comité de la liberté syndicale<sup>136</sup>. À cet égard, je pense que « l'affaire » du Contrat nouvelle embauche (CNE)<sup>137</sup> illustre bien ce rôle de frein ou de gardien que peut jouer l'OIT ; elle a donné lieu à un débat intense en France, et les deux plus hautes juridictions, le Conseil d'État<sup>138</sup> et la Cour de cassation<sup>139</sup>, se sont prononcées en sens inverse sur la compatibilité avec la convention n° 158 sur le licenciement de l'OIT. Finalement, c'est le conseil d'administration de l'OIT, c'est-à-dire un organe non juridictionnel, qui a tranché en estimant qu'il y avait violation de la convention n° 158. D'où la demande de la France à laquelle il a été fait allusion dans la table ronde précédente – et qui à mon avis pose un vrai sujet – qui est de mettre en œuvre une très vieille disposition de la Charte de l'OIT qui n'a jamais été mise en application et qui prévoyait la mise en place d'un tribunal qui assure l'interprétation des conventions. Car s'il est tout à fait normal que l'OIT soit la gardienne de l'interprétation des conventions, il est moins normal – me semble-t-il – que cette interprétation, après des débats juridictionnels nationaux offrant toutes les garanties d'un procès contradictoire et équitable, ne bénéficie pas des mêmes garanties au niveau de l'OIT.

Ce qu'il faut bien comprendre, et cela fait le lien avec la première table ronde de ce colloque, c'est qu'avec le développement du contrôle de conventionalité, les normes internationales, notamment les conventions de l'OIT, deviennent un instrument très efficace de contrôle. Et ce qu'il y a de plus frappant, et qui a été le plus efficace en pratique dans l'affaire du CNE, pour les adversaires de cette mesure, c'est que c'est seulement quelques semaines après son entrée en vigueur – qui pourtant au début intéressait les PME – que le conseil des prud'hommes de Longjumeau a jugé que le CNE était contraire à la convention de l'OIT. Certes, ledit conseil des prud'hommes n'est pas la Cour de cassation, mais pour les employeurs, c'est du pareil au même ! C'est-à-dire qu'à partir du moment où planait sur cet instrument nouveau une incertitude juridique, la mesure était « morte » à peine mise en place.

---

135 Créée en 1926, la commission, composée de juristes, est chargée d'examiner les rapports que tout État ayant ratifié une convention de l'OIT est tenu de présenter sur les mesures prises pour son application.

136 Comité institué en 1951, composé de représentants des États, des employeurs et des salariés pour examiner les plaintes relatives à des violations de la liberté syndicale.

137 Créé par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, le CNE était un contrat de travail sans détermination de durée pour les entreprises de vingt salariés au plus (PME, TPE). Les deux principales particularités de ce contrat (licenciement sans motif préalable et période de consolidation de deux ans) furent déclarées contraires au droit international par l'OIT le 14 novembre 2007. Le CNE a finalement été abrogé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

138 CE, 19 octobre 2005, n° 283471.

139 C. cass., ch. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2008, arrêt n° 1210, pourvoi n° 07-44.124.

Il faut donc bien voir que le contrôle des mesures nationales au regard des normes internationales est un contrôle tout à fait redoutable.

Je prendrai à cet égard un second exemple, concernant la loi d'origine parlementaire qui avait élargi le travail le dimanche<sup>140</sup>. À travers la circulaire, le Conseil d'État<sup>141</sup> a vérifié la conformité de cette loi – déclarée « conforme à la Constitution » par le Conseil constitutionnel<sup>142</sup> – à la convention de l'OIT.

C'est dans ce cadre général que vont s'inscrire les interventions des trois orateurs de cette séance : Bernard Thibault intervenant dans ce colloque comme administrateur du Bureau international du travail (BIT) représentant des travailleurs traitera du point de vue syndical des débats de l'OIT concernant le bien fondé de l'évolution du droit vers plus de flexibilité ; Rudi Delarue, chef d'unité adjoint à la direction générale emploi, affaires sociales et inclusion de la Commission européenne traitera des réflexions, consultations et actions européennes face aux évolutions du travail et à la sécurisation des transitions professionnelles dans le contexte de la norme internationale ; et Raymond Soubie, président des sociétés de conseil Alixio, Taddeo et du groupe AEF traitera de l'influence concrète des normes de l'OIT et des normes européennes en France en matière de flexisécurité.

Je donne la parole à Bernard Thibault.

---

### **Bernard Thibault**

*Administrateur du Bureau international du travail,  
ancien secrétaire général de la CGT*

Merci M. le président. Je vais essayer d'évoquer certains aspects de cette problématique très large que vous venez d'esquisser.

En remarque liminaire, je souhaiterais préciser qu'il n'y a pas qu'Emilio Gabaglio qui n'a pas peur du mot « flexibilité ». Je pense même, contrairement à vous, que la flexibilité dans la règlementation du travail en France s'est installée très tôt. Je veux, par là, faire référence à ce qui s'est construit, parfois laborieusement, autour de l'édification de la mise en œuvre et du développement des services publics. Le propre des services publics est, en effet, notamment en matière ferroviaire, de devoir fonctionner 24h/24, pour répondre aux besoins sociaux de la population, avec des personnels disponibles. Dès lors, la question qui se pose est de savoir comment répondre, de façon socialement acceptable, à ces sujétions particulières ? C'est donc moins le principe de fonctionnement des services 24h/24 qui est contestable en soi – il y a d'ailleurs consensus sur ce point –, que la définition des conditions dans lesquelles, socialement, les personnels vont concourir au fonctionnement de ce service public 24h/24 qui importent.

---

140 Loi n° 2009-974 du 10 août 2009 réaffirmant le principe du repos dominical et visant à adapter les dérogations à ce principe dans les communes et zones touristiques et thermales ainsi que dans certaines grandes agglomérations pour les salariés volontaires.

141 CE, 2 décembre 2011, Confédération française des travailleurs chrétiens, n° 333472.

142 CC, décision n° 2009-588 DC du 6 août 2009.



Dans ce contexte, nous avons eu – régulièrement décriées – des négociations laborieuses pour définir un statut des personnels assujettis au fonctionnement des services publics, notamment ferroviaires ou hospitaliers. C’est dire que la notion de flexibilité dans l’organisation du travail a été très tôt intégrée pour des objets particuliers.

Après, il y a une autre problématique puisque nous touchons là à des besoins sociaux légitimes de la part de la population, donc d’intérêt général. C’est un débat beaucoup plus récurrent s’agissant d’activités ou de secteurs d’entreprises qui aspirent, dans leurs processus de production, à obtenir un même degré de flexibilité de la part de leurs personnels. Pour des motifs tout à fait différents – il ne s’agit pas là d’une prestation de service pour une population, mais d’une production de biens dont les produits seront transformés, éventuellement dans certains cas, en dividendes versés à des actionnaires. La justification d’avoir des modes de production étalés dans le temps, voire organisés sur l’ensemble de l’année ou de la nuit est déjà en soi un peu contestable.

Je ne suis pas non plus un adepte des pays du Nord qui apparaissaient souvent – vous l’avez rappelé – comme des « modèles » en matière de débat sur la flexisécurité. J’ai d’ailleurs relevé qu’une université danoise avait pris comme référence le régime des intermittents du spectacle français de 1966 pour considérer que là était LA formule poussée à l’extrême de l’efficacité de la flexisécurité ! Autrement dit, dans ce domaine très singulier qui est celui de la production culturelle, tenir compte, à la fois, de l’aléa lié à l’exercice d’un métier, mais aussi de l’activité – la culture étant par définition un secteur différent de celui de la production de biens matériels –, semble avoir été une réussite, puisque les chercheurs danois ont considéré que la France était peut-être, en 1966, à l’avant-garde en termes de capacité de conjuguer des contraintes liées à une activité avec le traitement social afférent... Comment expliquer dès lors que ce « modèle » de flexisécurité soit décrié et combattu par le patronat en France ?

Là où les choses se compliquent depuis lors, c’est que l’on considère qu’il n’y a plus de problématique sociale à aborder, ou de contreparties à négocier, et que les incertitudes qui pèsent sur l’entreprise doivent rejaillir sur le salarié. Pour ce faire, l’on a utilisé toute une palette de méthodes : multiplication des types de contrats, des intérimaires, etc. L’on a désormais des entreprises qui fonctionnent très régulièrement avec un nombre de salariés intérimaires supérieur au nombre de salariés permanents. L’on a également utilisé la sous-traitance, etc. Les leviers pour se débarrasser du débat sur les compensations sociales liées aux besoins de flexibilité de l’économie ont tous été utilisés. Mais, ce faisant, l’on n’a pas réglé le problème.



Certes, le mot de « flexibilité » n'est pas à l'ordre du jour des travaux de l'OIT. Mais pour une raison simple : c'est la réalité des droits sociaux dans le monde d'aujourd'hui où un travailleur sur deux n'a pas de contrat de travail.

Dans ce contexte, le débat sur la flexibilité est clos. Aussi bien sur les horaires, le lieu de travail, ou le niveau de rémunération. Et là, il n'y a pas de suspens quant à l'utilisation de la convention n° 158 sur le licenciement<sup>143</sup> : pas de contrat de travail implique pas de justification du licenciement. Le débat est ici simplifié à l'extrême.

Je pense que la préoccupation pour l'OIT n'est pas d'accroître, par ses délibérations, la flexibilité à l'échelle mondiale, mais d'accroître la régulation ; avec une autre affirmation qui, cette fois, émane des États : la primauté des aspects sociaux sur les considérations économiques et financières. Il s'agit là d'une orientation politique arrêtée par les États, issue d'un texte officiel, pour guider l'activité de l'OIT. Mais il n'est pas besoin d'être grand clerc pour se rendre compte que la pratique n'est pas conforme à cette orientation qui, pourtant, à l'époque, faisait consensus.

En l'absence de contrat de travail, il y a tout un ensemble de considérants sociaux négatifs qui en découlent, et qui expliquent notamment pourquoi un travailleur sur deux dans le monde ne dispose d'aucune retraite, ou pourquoi 73 % de la population mondiale n'a pas de système de protection sociale, ou pourquoi 12 % seulement des chômeurs sont indemnisés.

L'économie changeante et flexible se traduit ainsi en régression sociale à l'échelle globale.

Dans ce contexte, je comprends que l'on puisse se poser la question de savoir, dans la situation qui nous caractérise – la France étant le deuxième pays en termes de conventions ratifiées –, quel modèle de référence nous voulons. S'agit-il d'aller vers un modèle social avec de la régulation et des règles ? Règles dont on peut discuter pour les faire évoluer en fonction des besoins sociaux, et afin de promouvoir la justice sociale – je rappelle que dans l'histoire de l'OIT et aussi de l'humanité, c'est l'absence de promotion de justice sociale qui a été analysée comme facteur de troubles, de tensions, voire de guerres internationales. Est-on dans un mouvement de promotion de la justice sociale ou, au contraire, allons-nous être dans un modèle dérégulé du point de vue des rapports sociaux, en considérant que le salarié n'aurait qu'à répondre, tel un soldat, aux injonctions des dirigeants d'entreprises en fonction des impératifs de la seule entreprise ? Cela, en sous-estimant l'impact que peut avoir l'effet du bien-être au travail sur l'efficacité de l'entreprise elle-même et en considérant le salarié comme un exécutant et sa force d'imagination, de proposition et d'organisation, ainsi que son besoin d'assurer son statut social, comme quantités négligeables.

En conclusion, en matière de droit syndical, le constat selon lequel la moitié de la population mondiale vit dans des pays qui ne reconnaissent pas les deux conventions fondamentales qui protègent la liberté d'association, le droit de grève

---

<sup>143</sup> Convention n° 158 de 1982 concernant la cessation de la relation de travail à l'initiative de l'employeur.



et la négociation collective<sup>144</sup> contribue, dans ces zones, à faire du débat sur la flexibilité un élément de « chantage à l'emploi ». En effet, dans la mesure où il n'y a pas de droit d'association et d'expression, il n'existe pas pour les travailleurs de moyens de négocier quelque contrepartie que ce soit. Cela n'est heureusement pas le cas en France, dès lors que l'on reste sur une couverture des garanties qui sont accordées, pour l'essentiel, au niveau des branches professionnelles ; mais les évolutions juridiques en cours, qui renvoient aux accords entreprise par entreprise, risquent d'accroître aussi cette compétition par le moins-disant social.

Il n'y a donc, de ma part, aucun refus d'appréhender la notion de flexibilité qui, encore une fois, dans notre histoire, a pu être appréhendée avec un autre équilibre social que celui qui se dessine en ce moment, et qui a pu aussi démontrer qu'il n'y avait pas d'antagonisme entre la souplesse d'organisation nécessaire à certains processus de production, et l'aspiration à un bien-être à la fois social et au travail.

---

**Olivier Dutheillet de Lamothe**

*Président de section (h) du Conseil d'État,  
modérateur de la table ronde*

Merci de cette intervention qui a le grand mérite de resituer, dans le cadre de l'OIT, le sujet dans sa dimension mondiale. Les autres intervenants souhaitent-ils réagir ?

---

**Rudi Delarue**

*Chef d'unité adjoint à la DG « emploi, affaires sociales et inclusion »  
de la Commission européenne*

Je remercie le Conseil d'État d'avoir invité à ce colloque les services de la Commission européenne, tant les thèmes abordés ici sont actuels et importants. L'on voit, par ailleurs, qu'en la matière les juges jouent un rôle fondamental dans la construction européenne. Celle-ci est, en effet, basée sur des règles de droit que les juges, qui font partie de cette construction, sont chargés d'appliquer. Sans les juges au niveau national, je pense que l'application du droit européen serait d'une autre nature. J'ajoute, enfin, que la Commission européenne est très engagée dans les réflexions, les consultations et les actions autour du futur du monde du travail.

Pour ce qui concerne l'intervention de M. Thibault, je suis d'accord avec lui pour dire que la notion de « flexibilité » n'est pas quelque chose de très nouveau. En 1986, j'étais syndicaliste et la première négociation que j'ai faite portait sur l'organisation du temps de travail ; ensuite j'ai été responsable pour le secteur du travail intérimaire pour lequel nous avons déjà des lois depuis 1982. Tout cela participe de cette recherche de flexibilité.

Au sein de l'Union européenne, la flexibilité va de pair avec la sécurité. Ces deux notions ne s'opposent pas. Quand il y a flexibilité, il est nécessaire de l'encadrer, ce qui nécessite l'instauration de normes contraignantes et d'un dialogue social à

---

<sup>144</sup> Convention n° 87 sur la liberté syndicale et la protection du droit syndical du 9 juillet 1948 ; convention n° 154 sur la négociation collective du 3 juin 1981.

tous les niveaux. Il existe ainsi des normes au niveau de l'Union européenne. Les juges et les experts savent, en effet, que celle-ci a des compétences spécifiques qui sont des compétences « attribuées » : l'Union ne peut pas couvrir l'ensemble du code du travail par des initiatives législatives.

Les normes internationales sont également très importantes, et l'Union européenne soutient pleinement et activement leur rédaction, leur application et leur ratification, non seulement dans les pays tiers, mais aussi au sein des États membres. L'on a ainsi des décisions du Conseil, prises après proposition de la Commission, qui autorisent les États membres à ratifier certaines conventions qui affectent les compétences de l'Union, et qui invitent à le faire le plus vite possible. L'on a également de plus en plus d'actions de l'Union européenne au niveau international pour assurer, de façon contraignante, que les normes internationales du travail – normes fondamentales et autres conventions – soient reprises dans les clauses contraignantes des accords de commerce. Cette nouvelle génération d'accords est donc composée de clauses contraignantes et pas seulement de clauses de nature promotionnelle.

---

### **Raymond Soubie**

*Président des sociétés de conseil Alixio, Taddeo et du groupe AEF*

J'ai deux questions, dont la première concerne l'affaire du CNE. Le conseil d'administration du BIT a condamné la France en expliquant que la période de consolidation de deux ans, qui évitait de motiver un licenciement ou de suivre la procédure habituelle de licenciement, n'était pas valable parce qu'elle excédait un délai raisonnable – délai qu'au demeurant le conseil d'administration du BIT ne fixait pas. Ne trouvez-vous pas étrange, voire ironique, que cette décision ait été prise par un organisme politique – au sens non juridictionnel –, et notamment par un conseil dont la majorité des membres appartenait à des États n'ayant pas ratifié la convention n° 158 sur le licenciement ? Ne pensez-vous pas qu'une procédure juridictionnelle serait plus opportune qu'une procédure politique avec comité d'experts et conseil d'administration du BIT ?

Ensuite, M. Thibault a précisé que la France était le deuxième pays qui a le plus ratifié de conventions. J'ose espérer qu'il ne s'agit pas là d'un « sport national », tant l'on a l'impression que dans une première démarche la France veut toujours être plus exemplaire que tout le monde, quitte à l'être beaucoup moins dans une deuxième, voire dans une troisième démarche. En résumé, est-il logique que certains pays aient adhéré à la convention n° 158 sur le licenciement et d'autres pas ? Cela ne crée-t-il pas une distorsion de concurrence ? Pouvons-nous tolérer avoir au même niveau des pays qui ont beaucoup ratifié et d'autres qui ont peu ratifié – ce qui pose un sérieux problème dans le monde actuel ?

---

**Bernard Thibault**

*Administrateur du Bureau international du travail,  
ancien secrétaire général de la CGT*

Ce que je trouve ironique avec le CNE, voire de façon générale, c'est que des employeurs puissent s'offusquer de devoir justifier un licenciement. Ce qui est anormal, pour moi, c'est l'absence de contrat de travail – je n'y reviens pas – et de voir que des pays ne ratifient pas.

Par ailleurs, vous soulevez un problème plus global quant à la composition du conseil d'administration, de ses statuts, et de ses mécanismes de désignation. Récemment, j'ai publié le tableau des ratifications par les pays du G20, qui sont les pays les plus riches du monde. Et bien l'on s'aperçoit que ces pays ne sont pas des pays modèles en matière d'alignement sur les conventions internationales, comme les États-Unis qui n'ont validé que deux conventions fondamentales. Ce qui ne nous empêche pas de négocier un hypothétique accord commercial international sur la base de droits sociaux (par exemple, le droit syndical) provenant de deux mondes sociaux très différents.

Au motif que certains pays ne souhaitent pas avancer, et parmi eux de grands pays, faut-il que les pays qui ont en commun une autre conception de l'avenir de l'humanité renoncent à s'engager s'il n'y a pas suffisamment de pays, telle la France, pour ratifier les conventions internationales – même si la France ne prétend pas être le pays idéal dont il faudrait suivre l'exemple ? Dans l'appréhension politique de demain, la France doit faire partie, selon moi, des pays à l'avant-garde de ce genre de démarche.

Qu'ensuite, dans les modalités de fonctionnement de l'OIT, l'on apporte des corrections, cela est à l'ordre du jour. En tout cas, c'est un souhait que je formule dans le but de renforcer la régulation internationale et non de l'amoindrir. Il faut donc fixer un cap à la révision envisagée en ce sens. Je suis disponible pour travailler sur tout ce qui peut améliorer la bonne marche de l'institution.

---

**Olivier Dutheillet de Lamothe**

*Président de section (h) du Conseil d'État,  
modérateur de la table ronde*

Je donne la parole à M. Delarue pour lui demander de bien vouloir nous apporter le point de vue de l'Union européenne dans ce débat.

---

**Rudi Delarue**

*Chef d'unité adjoint à la DG « emploi, affaires sociales et inclusion »  
de la Commission européenne*

Merci M. le président. En remarque liminaire, je souhaiterais préciser que l'Union européenne a soutenu une solution efficace au sujet du blocage au sein du système de contrôle de l'OIT ; il y a même eu un débat au Parlement européen en ce sens,

et le Parlement a demandé au commissaire européen de présenter une position européenne commune soutenant l'efficacité du système de contrôle de l'OIT. L'on a également soutenu les travaux au sein de l'OIT pour actualiser des normes, mais il ne s'agissait pas des normes fondamentales.

Au sujet des notions de *flexibilité* et de *sécurité* qui, pour moi, vont de pair, la Commission européenne a rencontré un problème lors de la crise économique de 2008 avec des mesures en matière de flexibilité et pas assez en matière de sécurité. C'est pourquoi, il est important et urgent de trouver un équilibre entre ces deux notions, y compris pour les nouvelles formes de travail qui ne sont pas – ou de façon inadéquate – protégées par la législation et les conventions collectives.

Pour ce faire, la Commission européenne est très engagée dans les débats sur le futur du monde du travail au sein de l'Union européenne et aussi avec l'OIT.

Des initiatives phares ont été prises. Certaines sont encore en cours de consultations, d'autres sont au stade de la mise en œuvre, parmi lesquelles nous pouvons noter :

- La consultation en cours sur *un socle européen de droits sociaux*<sup>145</sup>. Le président de la Commission européenne a présenté cette consultation à la conférence internationale du travail en juin 2016, lors du sommet mondial du travail. Il s'agit d'un texte qui vise à être un « compas social » pour l'Union européenne et surtout la zone euro, mais qui reste ouvert aux pays tiers. L'objectif est de renforcer la convergence au sein de l'Union en matière sociale, car depuis la crise de 2008 l'on constate de nombreuses divergences, voire des tensions. Certes, il y a entre les pays membres des visions différentes, mais la volonté existe d'avoir une vision commune. Ce socle est également accompagné par des initiatives spécifiques, qui restent encore à préciser, aux fins de renforcer cet équilibre entre la flexibilité et la sécurité. Dans ce contexte, l'on parle aussi d'accompagnement des « transitions » professionnelles.

- D'autres travaux sont en cours. Un réseau de juristes spécialisés dans le droit du travail se penche notamment sur les nouvelles formes de travail. Comment, le cas échéant, couvrir par le niveau national des lacunes au niveau européen et au niveau international ? Nous avons également à traiter des évolutions liées à l'économie numérique, à la mondialisation, mais aussi à la mobilité qui doit être gérée de façon équitable. Il y a d'autres éléments à prendre en compte comme la croissance importante des inégalités : c'est un problème majeur au sein de l'Union européenne qui peut fracturer les consensus entre et dans les États membres, et qui va également à l'encontre de l'économie sociale de marché – ce qu'est véritablement l'Union européenne.

- En ce qui concerne les initiatives concrètes, il y a des travaux préparatoires en cours pour voir comment et sur quelles directives il faut agir. L'on peut ainsi noter de grandes différences entre les États membres en ce qui concerne la notion de « travailleur ». Certains États y assimilent les indépendants, d'autres les contrats

---

145 La consultation a abouti à la signature du socle européen des droits sociaux lors du sommet social de Göteborg, en Suède, le 16 novembre 2017. Ce socle proclame vingt principes clés, juridiquement non-contraignants.



civils, etc. Ces lacunes doivent être comblées, notamment dans le cadre du détachement du travailleur, car ledit détachement n'est pas seulement un élément du droit du travail, mais possède également une composante de sécurité sociale.

- La coopération avec l'OIT se développe de plus en plus. L'Union européenne intervient dans les débats et dans la mise en œuvre. La Commission européenne coopère avec le BIT sur des thèmes très précis, comme les nouvelles formes de travail (par exemple, « le futur du travail ») ; ainsi qu'avec le Conseil de l'Europe sur la Charte sociale européenne car il y a eu des tensions avec le comité des droits sociaux, notamment en raison de certains arrêtés de la Cour de justice ; et au niveau des programmes d'ajustement dans certains États membres (par exemple en Grèce). Nous dialoguons avec les États pour trouver un équilibre. La Commission européenne essaye aussi de couvrir ces points dans d'autres instances, comme par exemple le G20 (dont la France fait partie, ainsi que l'Union européenne), en travaillant sur des thèmes tels que la santé et la sécurité au travail, ou les salaires. S'agissant du salaire, il faut éviter que des phénomènes globaux comme la mondialisation et la numérisation de la société appauvrissent la classe moyenne qui est importante pour relancer l'économie.

J'ai déjà fait allusion à l'inclusion des « normes contraignantes » dans les accords de commerce et dans les systèmes de préférences. Elles se trouvent dans les huit conventions fondamentales, mais aussi dans les conventions ratifiées par les partenaires qui sont classées comme « actualisées » par l'OIT. C'est un élément important qui emporte tout un système de suivi, et un dialogue avec les pays partenaires, entre eux, et avec l'OIT.

La Commission européenne a aussi développé des actions très concrètes sur les chaînes d'approvisionnement au niveau mondial, où les entreprises, les syndicats, les gouvernements concernés et d'autres pays partenaires sont impliqués, comme par exemple en ce qui concerne les problèmes de sécurité des usines d'habillement au Bangladesh. Nous avons aussi une mission conjointe au Myanmar (Birmanie) avec plusieurs pays de la région – d'où je suis rentré récemment –, afin de moderniser le droit du travail extrêmement dépassé de ce pays, et de le mettre en conformité avec les normes internationales. Ce travail fait partie du renforcement de la norme sociale dans les chaînes mondiales d'approvisionnement. Et, dans ce travail de convergence en matière sociale vers le haut, l'Union européenne et les États membres ont un rôle important à jouer, aussi bien à l'intérieur qu'à l'extérieur de l'Union européenne.

---

**Olivier Dutheillet de Lamothe**

*Président de section (h) du Conseil d'État,*

**modérateur de la table ronde**

Vous avez eu raison d'introduire dans le débat les nouvelles formes de travail, car par rapport au débat sur la flexibilité et la sécurité, c'est certainement un enjeu essentiel, et il y a actuellement toute une réflexion qui se développe comme le montre, par exemple, un rapport récent élaboré par l'Institut de l'entreprise sur



le passage de la notion de salariat à celle d'activité professionnelle<sup>146</sup>. Dans ce contexte, comment donner à *l'ensemble* des travailleurs un certain nombre de garanties minimales, quelles que soient les formes d'exercice de leur travail ? De ce point de vue, la protection sociale est certainement un élément clé.

De même, je pense qu'il y a une dimension très importante qui est l'idée d'introduire des normes contraignantes tirées, le cas échéant, des conventions de l'OIT, dans les accords de commerce. En effet, le grand reproche qui a été fait à l'organisation de la mondialisation est qu'elle est très verticale : l'OMC fait ses conventions, l'OIT fait les siennes, et chacun travaille dans son coin. Or, pour promouvoir sur le plan mondial un certain nombre de normes sociales minimales, leur inclusion dans les traités commerciaux est un moyen essentiel.

Dernière remarque : dans la liste des initiatives récentes du président de la Commission européenne que vous avez présentées, celles-ci ont plus trait au thème de la sécurité qu'au thème de la flexibilité. Qu'en penser ? Est-on allé au bout de ce que l'on pouvait faire, ou le sujet est-il d'assortir cette flexibilité de plus de sécurité ?

---

**Rudi Delarue**

*Chef d'unité adjoint à la DG « emploi, affaires sociales et inclusion »  
de la Commission européenne*

L'Union européenne peut uniquement intervenir sur certains thèmes, parce qu'elle n'a pas la possibilité de couvrir l'ensemble du code du travail ou du code de la sécurité sociale. Dans la recommandation en matière de gouvernance, il y a encore la dimension d'avoir, à la fois, la flexibilité et la sécurité. Mais, au niveau normatif, la Commission a identifié certaines lacunes et certains problèmes liés au développement de nouvelles formes de travail, dans lesquelles il y a des travailleurs qui sont sans protection, ou qui sont sans cesse reconduits dans des contrats à durée déterminée sans espoir de transition vers un contrat à durée indéterminée. Il y a donc là, pour l'Union européenne, des actions à mener ; ce qu'elle fait par un travail de consultation, tant cet aspect est une orientation très importante : c'est un compas social qui va traiter à la fois les relations du travail mais aussi la protection sociale.

---

**Raymond Soubie**

*Président des sociétés de conseil Alixio, Taddeo et du groupe AEF*

Je rejoins votre propos. Lorsque l'on regarde les évolutions récentes, elles ne sont pas forcément allées dans le sens d'une plus grande flexibilité – ce n'est pas une critique, mais juste un constat. Vous avez évoqué les nouvelles formes de travail, ce qui est un grand sujet, et vous êtes en train aujourd'hui de méditer sur ce sujet. Dans ce cadre-là, quelles sont pour vous les pistes possibles d'avancées au plan européen sur ce thème ?

---

<sup>146</sup> J. Barthélémy, *Civilisation du savoir et statut du travailleur*, Institut de l'entreprise, novembre 2015.



---

**Rudi Delarue**

*Chef d'unité adjoint à la DG « emploi, affaires sociales et inclusion »  
de la Commission européenne*

Dans la consultation en cours sur le « socle des droits sociaux », nous soulignons l'importance du principe d'égalité de traitement. Trop souvent, nous constatons des inégalités de traitement pour les travailleurs faisant le même type de travail sous des contrats ou des statuts différents. Quand il n'existe pas de raisons objectives pour expliquer cette différence de traitement, il faut corriger ces inégalités qui, notamment d'un point de vue juridique, ne peuvent pas perdurer : on ne peut pas, en effet, traiter différemment deux personnes dans la même situation. Cela a un impact sur leurs droits sociaux, leurs possibilités de carrières, mais aussi leurs transitions professionnelles. Il y a également beaucoup de personnes qui, en raison des changements économiques, ou des restructurations d'entreprises, ont besoin d'une assistance dans leur parcours professionnel, qu'elle soit personnalisée par les services de l'emploi, où qu'elle soit faite en reconnaissant leurs compétences. Ce qui souligne l'importance de la « portabilité », pas seulement de la sécurité sociale, mais aussi des compétences. C'est un élément à développer, parmi les vingt qui sont développés dans la proposition du socle des droits sociaux.

---

**Bernard Thibault**

*Administrateur du Bureau international du travail,  
ancien secrétaire général de la CGT*

M. Delarue nous affirme que les institutions européennes sont en appui des conventions internationales du travail. Cependant, lorsque l'on regarde la réalité au sein des États membres, on constate l'énorme différence qui existe entre les pays qui ont le plus ratifié de conventions et ceux qui ne l'ont pas fait, allant de trente-huit ratifications pour l'Estonie à cent trente-trois pour l'Espagne ; tout cela dans le même espace économique où la libre circulation des hommes, des marchandises et des capitaux est assurée. Dans ce contexte-là, je ne vois pas d'impulsion politique au niveau européen de nature à rattraper ou à compenser – même partiellement – cette énorme différence. Ce qui provoque des débats aux tournures très dangereuses au sein de l'Union européenne, puisque l'une des réponses suggérées de plus en plus sur le plan politique est une réponse de caractère nationaliste, potentiellement porteuse de menaces.

La seconde remarque que je ferai, c'est que j'ai découvert, avec surprise, qu'à la fois l'Union européenne participe aux travaux de l'OIT, ce qui est intéressant notamment pour exprimer et coordonner les positions des États membres – sans toutefois que cela ne devienne un argument pour se réfugier derrière un consensus européen afin d'éviter de s'engager –, mais que l'on manque de moyens d'interpellation des institutions européennes au regard des conventions de l'OIT. L'évocation des



arrêts *Viking*<sup>147</sup> et *Laval*<sup>148</sup> montre que nous sommes assez dépourvus de moyens d'intervention dans ce domaine, puisque nous ne pouvons pas interroger devant l'OIT la validité de cette décision de la Cour de justice. Or, du point de vue syndical, cela pourrait valoir encore une approche contradictoire entre deux droits qui, manifestement, s'opposent : le droit de l'employeur, de la liberté d'installation, face au droit à l'action collective. La CJUE a tranché en faveur d'un seul droit. Est-ce conforme à l'orientation selon laquelle la primauté des aspects sociaux sur les considérations économiques et financières doit prévaloir ? Je n'en suis pas sûr.

J'ai aussi noté, parmi les nombreux écrits qui émanent des institutions européennes, qu'il y avait des recommandations à l'égard des États. Cela me semble quelque peu gênant que les institutions européennes fournissent des orientations sur la conduite que les États doivent avoir à l'égard de telle ou telle convention internationale du travail – l'Union européenne n'étant pas redevable de ce qu'elle produit en droit devant les conventions internationales –, soit pour inciter les États à ratifier, soit pour jouer la montre ou pour dissuader les États de ratifier. C'est notamment le cas en ce qui concerne les conventions n° 97 et n° 143 de l'OIT sur les travailleurs migrants<sup>149</sup>. Il s'agit là d'une position assez hypocrite et confortable de la part des institutions européennes...

---

### **Rudi Delarue**

*Chef d'unité adjoint à la DG « emploi, affaires sociales et inclusion »  
de la Commission européenne*

L'Union européenne n'est pas membre de l'OIT et, dans le contexte actuel, les États membres n'autoriseront pas qu'elle le devienne, avec tous les aspects positifs et négatifs que cela pourrait avoir. Par exemple, si l'Union européenne pouvait adhérer à la convention des Nations Unies relative aux droits des personnes handicapées<sup>150</sup>, cela deviendrait un élément du droit communautaire ! De la même façon, quand les accords de commerce intègrent des éléments contraignants en matière de normes internationales, cela devient aussi du droit communautaire. Il est fondamental de ne pas perdre de vue cet aspect-là.

Pour le reste, l'Union européenne ne peut pas obliger les États membres, de façon institutionnelle, à ratifier. Ce qu'elle peut faire, en revanche, et ce qui se fait de plus en plus, c'est d'aider les États à éviter les obstacles. Il s'agit là d'un aspect important, car il existe de nombreuses conventions internationales qui ont été ratifiées seulement par quelques États membres, pour avoir été négociées dans les années 1980 sans lien avec l'Union ou l'intégration européenne. C'est, par exemple, le cas de conventions qui précisent qu'avant de travailler dans un autre État membre, il faut d'abord un contrat de travail écrit, envoyé avant le départ du travailleur. Or, cela n'est pourtant pas le mode de fonctionnement actuel !

147 CJCE, Gde ch., 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05.

148 CJCE, Gde ch., 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*, aff. C-341/05.

149 Conventions adoptées respectivement le 1<sup>er</sup> juillet 1949 (n° 97), et le 24 juin 1975 (n° 143).

150 Signée à New York le 30 mars 2007.



La Commission européenne essaye donc, à travers l'intégration communautaire, d'éviter ce type de blocage, et d'obtenir des positions communes comme celle sur le socle de protection sociale, ou le protocole sur le travail forcé, pas seulement pour avoir un texte communautaire, mais aussi pour avoir un accord avec les différents pays du monde.

Dans ce contexte, la circonstance qu'il existe des niveaux de ratification différents entre États membres est bien regrettable, mais c'est aussi une conséquence de la construction internationale. C'est pourquoi, la Commission européenne essaye de faciliter les ratifications. Et, lorsque cela touche les compétences de l'Union, elle invite, par une décision du Conseil, les États membres à ratifier dans des délais brefs. C'est la raison pour laquelle la Commission a fait une analyse approfondie de toutes les conventions de l'OIT pour anticiper les éventuels problèmes et, s'ils existent, les résoudre.

---

**Olivier Dutheillet de Lamothe**

*Président de section (h) du Conseil d'État,  
modérateur de la table ronde*

Je donne la parole à M. Soubie pour nous expliquer quelle est l'influence concrète de toutes ces normes sur la situation française et sur la flexibilité en France.

---

**Raymond Soubie**

*Président des sociétés de conseil Alixio, Taddeo et du groupe AEF*

Il s'agit, tout d'abord, de bien définir le concept de « flexibilité », car il s'agit d'un mot extrêmement vaste et auquel on donne des contours différents. Pour ce faire, je vais essayer de me mettre à la place des acteurs concernés : entreprises, employeurs et salariés. Nous verrons ainsi quels sont les principaux éléments qui composent la notion de flexibilité, avant d'analyser l'influence des normes internationales sur la flexibilité.

Il y a une première flexibilité qui est un sujet « éternel » et qui concerne les flexibilités à l'embauche. C'est-à-dire la possibilité laissée à un employeur, pendant un certain temps, d'embaucher un salarié sans que cela ne soit pour autant une situation définitive, qui amène, en cas de séparation, à appliquer les règles du licenciement, notamment dans le cas d'un CDI. C'est une très ancienne revendication des entreprises. Vous avez évoqué la réforme du CNE : elle a été une tentative d'instaurer ce principe pour les TPE.

Il existe trois manières d'atteindre cet objectif de flexibilité : une première manière (« défunte ») est le CNE, contrat avec une période de consolidation durant laquelle l'employeur peut licencier sans motivation ou sans suivre une procédure de licenciement. La deuxième méthode dite « à l'espagnole » consiste à multiplier les CDD, sans limite de temps ou de nombre. À cet égard, je constate depuis quelques temps, tel un vent chaud venu d'Espagne et soufflant sur la France, des essais pour transposer chez nous cette méthode-là. Enfin, il existe une troisième méthode, très



habile, que l'on pourrait qualifier d'« italienne », qui est celle que M. Renzi a retenu dans son « *Job Act* »<sup>151</sup> qui consiste dans le recrutement d'un salarié en CDI ; salarié dont on peut se séparer, mais en sachant à l'avance l'indemnité qui lui sera versée en cas de licenciement sans cause réelle et sérieuse – indemnité qui est très basse au début et qui augmente progressivement.

Ces trois méthodes permettent, en fait, de donner cette flexibilité à l'embauche qui est la préoccupation centrale des dirigeants des petites et moyennes entreprises.

Vous avez également tous les autres sujets concernant le droit du licenciement. Mais je ne les évoquerai pas dans cette séance. Vous avez ce que nous appelons les « accords de compétitivité », c'est-à-dire des accords qui permettent, pendant une durée déterminée préfixée ou non par la loi, d'avoir des changements dans l'ordre des rémunérations, de l'organisation et du temps de travail, en échange de garanties, en particulier sur l'emploi. C'est là un sujet important pour la flexibilité. Vous avez également tous les thèmes de la durée du travail et du forfait jour<sup>152</sup>. Et puis vous avez les « nouvelles formes de travail », où l'on met tout ce que l'on n'a pas pu mettre ailleurs, c'est-à-dire tout ce qui n'est pas strictement dans des systèmes qui sont déjà légalement et juridiquement définis ; et à cet égard, on cite souvent le cas des personnes supposées être des travailleurs indépendants ou qui ont recours à des plates-formes Internet. Il est vrai qu'il s'agit là d'un thème majeur pour l'avenir.

Reprenons ces sujets, en se posant la question de savoir si les normes internationales, et lesquelles, ont eu sur eux un effet positif ou négatif.

- Le premier sujet est l'embauche. Il s'agit d'un thème extrêmement important pour les petites et moyennes entreprises. Je n'évoquerai pas le défunt CNE dont les deux principales particularités (licenciement sans motif communiqué préalablement et période de consolidation de deux ans) avaient été déclarées contraires au droit international par l'OIT le 14 novembre 2007. La loi du 25 juin 2008 a prévu que les salariés recrutés sous la forme du CNE ont vu leurs contrats requalifiés en contrats à durée indéterminée (CDI)<sup>153</sup>, avec cette conséquence que cela a accru pour les employeurs l'idée que le droit change constamment, piétinant les engagements pris en fonction d'une règle donnée qui est soudainement changée, ce qui est en soi un facteur d'instabilité et un vrai sujet de réflexion. J'ajoute pour terminer que le Conseil d'État avait, dans un premier temps, validé la période de deux ans<sup>154</sup>, puis, dans un arrêt plus récent, la Cour de cassation a précisé qu'en France la période raisonnable est d'un an<sup>155</sup>. Il s'agit là d'un fort mouvement donné au droit interne.

151 Réforme adoptée en Italie fin 2014 et entrée en vigueur début 2015.

152 Le forfait en jours est nécessairement annuel. En France, il peut s'appliquer à certains salariés qui sont alors rémunérés sur la base d'un nombre de jours travaillés par an, sans prise en compte du temps de travail.

153 Le contrat nouvelles embauches (CNE), créé par l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 relative au contrat de travail nouvelles embauches, a été abrogé par la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008 portant modernisation du marché du travail.

154 CE, 19 octobre 2005, *Confédération générale du travail et autres*, n° 283471, publié au Rec. [la période de deux ans « peut être regardée comme raisonnable »].

155 C. cass., ch. soc, 11 janvier 2012, pourvoi n° 10-17.945 [estimant « déraisonnable, au regard de la finalité de la période d'essai et de l'exclusion des règles du licenciement durant cette période, une période d'essai dont la durée, renouvellement inclus, atteint un an »].



- Le deuxième sujet concerne la multiplication des contrats à durée déterminée (CDD). À cet égard, il existe un jugement très récent de la CJUE du 14 septembre 2016<sup>156</sup>, où la Cour rappelle, tout d'abord, que l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée<sup>157</sup> impose aux États membres de réglementer dans leur législation, en vue de prévenir l'utilisation abusive de CDD, au moins l'un des trois points suivants par tout moyen de leur choix : i) les raisons objectives pour lesquelles le renouvellement de CDD peut être justifié, ii) la durée maximale totale pour laquelle de tels contrats peuvent être conclus successivement, et iii) le nombre de renouvellements possibles de tels contrats. La CJUE reconnaît que le remplacement temporaire de travailleurs en vue de satisfaire des besoins provisoires peut constituer une raison objective. En revanche, elle considère que les contrats ne peuvent pas être renouvelés pour des tâches permanentes et durables qui relèvent de l'activité normale du personnel ordinaire (en l'espèce, hospitalier). Dès lors, la CJUE juge que la réglementation espagnole, en permettant le renouvellement de CDD pour couvrir des besoins permanents et durables, malgré l'existence d'un déficit structurel de postes, est contraire à l'accord-cadre.

Ainsi peut-on voir sur ces sujets d'embauches qu'il existe de véritables contraintes, dans un cas provenant de l'OIT, dans l'autre cas de la part de la CJUE.

Sur les accords de compétitivité, je ne crois pas qu'il y ait eu de problèmes par rapport aux normes internationales. Cela même si en France le législateur fait preuve d'une grande imagination dans la création de nouvelles normes, notamment à travers les « accords de mobilité », les « accords de maintien dans l'emploi », et les « accords de préservation de l'emploi », avec des conditions différentes, notamment les accords de maintien dans l'emploi jamais utilisés par aucune entreprise ou syndicat, et remplacés par un système à la fois plus souple et plus long (cinq ans) d'accords de préservation de l'emploi qui sécurise juridiquement le cas du salarié refusant de se voir appliquer l'accord. Ainsi, dans le document que le Gouvernement a transmis à l'appui du projet de loi dit « *El Khomri* »<sup>158</sup>, celui-ci explique très longuement que tout ceci est parfaitement conforme aux règles de l'OIT et de l'Union européenne.

---

156 CJUE, 14 septembre 2016, *María Elena Pérez López c. Servicio Madrileño de Salud (Comunidad de Madrid)*, aff. C-16/15.

157 Accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999, qui figure en annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée (JO 1999, L 175, p. 43).

158 Après avoir été validé par le Conseil constitutionnel (décision du 4 août 2016), le texte définitif a été promulgué par le président Hollande le 8 août 2016. Il a ensuite été publié au J.O. du 9 août 2016 sous l'appellation officielle de loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.



- Le troisième sujet concerne le temps de travail et les forfaits jours. L'on sent bien que les forfaits jours ne sont pas appréciés. Nous avons à cet égard plusieurs arrêts très intéressants de la Cour de cassation qui tous font référence à des règles et à des normes internationales de l'Union européenne s'appuyant sur le respect de la santé et de la sécurité au travail, et nous savons que la Cour de cassation a annulé toute une série d'accords de branches qui avaient été conclus sur les forfaits jours, en application et en interprétation de ces règles internationales<sup>159</sup>.

- Le quatrième sujet a trait aux nouvelles formes de travail. Mais je ne l'aborderai pas dans le cadre de cette séance, tant il s'agit d'un sujet protéiforme et immense. Je rappellerai simplement qu'en droit national, ce sujet a commencé à faire une timide apparition pour les travailleurs qui ont recours à des plates-formes Internet pour trouver leurs clients, dès lors que les responsables des plates-formes norment le service et fixent un prix. Il y a donc eu une introduction dans la loi récente d'obligations en matière de formation, notamment pour les entreprises<sup>160</sup>.

Dans ce contexte, on peut dire que l'OIT fait un travail admirable. Il y a cependant un problème qui est le fait qu'un grand nombre de pays ne ratifient pas les conventions, y compris dans l'espace économique européen où pourtant il devrait y avoir une harmonisation. Or, une fois la ratification effectuée, il y a des règles qui s'appliquent à certains pays et d'autres règles qui ne s'appliquent pas. Il s'ensuit deux solutions : soit l'Union européenne décide de se saisir du problème – ce qui ne me semble pas être à l'ordre du jour –, soit les États prennent leurs responsabilités face aux conventions de l'OIT.

En ce qui concerne l'Union européenne, on voit qu'il existe de nombreux freins. J'en ai cité quelques uns concernant la mobilité. Comme le disait, en introduction, le président Dutheillet de Lamothe, il existe des débats sur la flexibilité, mais aussi sur les nouvelles formes de travail, et tout ceci participe au débat général sur la flexibilité qui existe dans nos pays. Encore que, sur le cas de la France, je trouve que le débat sur la flexibilité n'est pas vraiment alimenté par les règles européennes ou celles de l'OIT – j'évoque ici les experts et non pas les hommes politiques –, mais par les arguments fournis, d'un côté, par les économistes et, de l'autre côté, par les juristes. Malheureusement, comme les économistes ne connaissent pas bien le droit du travail, ils proposent des solutions qui nous semblent imparfaites, tandis que les juristes, obnubilés par le droit, sont souvent trop éloignés des préoccupations économiques... Si l'on arrivait à rapprocher ces deux corporations sur le thème de la flexibilité, l'on pourrait avoir à ce moment-là des solutions concrètes, intelligentes et acceptables pour les entreprises et pour les salariés.

Pour conclure, je pense qu'il y a des *freins* plus que des *impulsions* qui sont données par les normes internationales sur la flexibilité. Je pense qu'il y a des

159 Environ une dizaine de secteurs d'activité ont vu leurs conventions de forfait jours annulées : notariat (C. cass., 13 novembre 2014, n° 13-14.206) ; industrie chimique (C. cass., 31 janvier 2012, n° 10-19.807) ; commerce de gros (C. cass., 26 septembre 2012, n° 11-14.540) ; bureaux d'études techniques, cabinets d'ingénieurs conseils et sociétés de conseil (C. cass., 24 avril 2013, n° 11-28.398) ; bâtiment et travaux publics (C. cass., 11 juin 2014, n° 11-20.985) ; cabinets d'experts-comptables et commissaires aux comptes (C. cass., 14 mai 2014, n° 12-35.033).

160 Article 60 de la loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.



inégalités considérables devant ces règles – ce qui est plus vrai pour l’OIT que pour l’Union européenne.

Si j’avais deux souhaits à formuler, le premier serait que dans l’Union européenne, il y ait plus d’harmonisation et plus d’impulsion qui soient données vers les États ; le second souhait serait qu’au niveau du BIT, notamment sur le fonctionnement de l’institution et sur la prise des décisions, il y ait des procédures plus judiciaires pour ne pas laisser la main à des instances politisées dont ce n’est pas le travail avec la conséquence que l’on aboutit à des situation « à la Feydeau »<sup>161</sup> dans lesquelles on est condamné par des représentants de pays qui n’appliquent pas eux-mêmes ces conventions.

---

**Olivier Dutheil de Lamothe**

*Président de section (h) du Conseil d’État,  
modérateur de la table ronde*

Merci beaucoup pour cet exposé qui a le mérite de concrétiser les différentes facettes de la flexibilité et les obstacles que chacune peut rencontrer.

---

**Bernard Thibault**

*Administrateur du Bureau international du travail,  
ancien secrétaire général de la CGT*

En écoutant les propos du président Soubie, l’on peut mesurer que dans la législation sociale française les employeurs ne manquent pas de flexibilité dans l’utilisation de leur main d’œuvre – je ne reprends pas tout ce qui a déjà été dit sur les multiples étapes, mesures ou procédés depuis l’embauche et l’utilisation des personnels, voire la séparation d’avec les personnels notamment par la rupture conventionnelle qui a facilité la séparation dite « à l’amiable ». Ainsi, le paysage social français autorise-t-il, et augmente-t-il largement, la flexibilité. Cela n’est pas propre à la France, c’est également vécu comme cela dans la plupart des pays européens. De sorte que l’on comprend que les institutions européennes n’en soient pas aujourd’hui à réfléchir à intégrer encore plus de flexibilité, car le sentiment qui domine c’est que, du point de vue social – c’est-à-dire du vécu social –, la dimension « sécurité » n’est pas travaillée ou très peu, en tout cas ce n’est pas perçu comme tel. Certes, en parole on essaie de tenir ou de présenter un équilibre entre flexibilité et sécurité, mais dans la pratique on est loin du compte, et en matière de vécu l’aspect « flexibilité » l’emporte avec des répercussions sociales.

Quant à tout ce qui peut conforter l’activité de l’OIT et la rendre plus efficace, voire plus légitime, on ne peut qu’être pour. Ceci étant, l’on notera que dans les multiples dispositifs qui permettent à l’OIT de travailler, il existe un comité des experts, composé de juristes indépendants recrutés directement par l’OIT au sein des différents pays. On est donc là sur une commission d’experts chargés de livrer des interprétations, des analyses des actes pour définir s’ils sont en

---

161 En référence à Georges Feydeau (1862-1921), auteur de nombreux vaudevilles.

conformité avec les conventions internationales du travail ; sauf qu'il s'agit-là de juristes professionnels – dont la qualité n'est *a priori* pas contestable – qui sont critiqués, voire mis en cause par le collège des employeurs. Alors si, d'un côté, les États soutiennent que le conseil d'administration n'est pas légitime, car il s'agit d'une structure politique qui prend un certain nombre de décisions et que l'on pourrait inventer autre chose, et que, de l'autre côté, les employeurs se plaignent du comité d'experts composé de juristes prenant des décisions, mais ne sachant pas faire de politique et ne s'en tenant qu'au droit qui est dépassé dans l'économie d'aujourd'hui, nos points d'appui pour défendre le droit vont considérablement s'amenuiser à l'échelle mondiale.

Il faut donc être, à la fois, ouvert sur des propositions nouvelles pour être plus efficace, mais, en même temps, bien comprendre que lorsque l'on est sur le terrain juridique, il y a d'autres acteurs, en l'occurrence les employeurs, qui le contestent.

Enfin, dans les articulations souhaitables, on peut noter que l'une des clés de la problématique sociale à l'échelle internationale est l'interaction entre les règles du commerce et les règles sociales. Et si l'on regarde l'évolution des choses, l'on risque bientôt d'avoir plus de règles se souciant de la cause animale dans les procédures de commerce international que l'on a de règles se souciant de la cause humaine. C'est là un bien curieux paradoxe sur lequel il serait urgent d'agir.



# Échanges avec la salle

---

---

## Question du public

*Face à l'émergence de nouvelles formes de travail, ne pourrait-on pas faire plus de place à l'expérimentation, afin de laisser les acteurs s'appropriier ces nouvelles approches et peut-être inventer de nouvelles formes de protection ?*

---

## Raymond Soubie

*Personnellement, je suis pour le droit à l'expérimentation, mais à trois conditions : premièrement que l'on suive l'expérimentation, deuxièmement que l'on en tire des conclusions et, troisièmement, que le recours à l'expérimentation ne soit pas un expédient qui permette au pouvoir politique de se débarrasser trop facilement d'un sujet tout en se qualifiant de « réformateur ».*

*On notera que dans le passé il y a déjà eu des expérimentations, dans des domaines juridiques autres que ceux dont nous débattons, et je ne suis pas convaincu que les processus de suivi et de conclusion de ces expérimentations aient été à la hauteur des intentions. Mais si les conditions des bonnes pratiques étaient réunies, ouvrir le champ des expérimentations serait une bonne voie.*

---

## Olivier Dutheillet de Lamothe

*Je partage également ce point de vue. L'expérimentation doit déboucher sur une généralisation à court terme, avec une vraie évaluation ; c'est-à-dire qu'elle ne doit pas être un alibi. Malheureusement, l'expérience du Revenu de solidarité active (RSA), qui a été l'une des mesures lourdes ayant fait l'objet d'une expérimentation approfondie, a montré que cela n'était pas une garantie de succès certain.*

---

## Question du public

*Est-il imaginable qu'un jour la Commission puisse adopter le contrat « zéro heure » qui représente la flexibilité poussée à son maximum ?*

---

## Rudi Delarue

*Le contrat « zéro heure » est un phénomène qui n'est pas nouveau. Cela dépend des systèmes juridiques ; il y avait déjà des contrats « zéro heure » dans les années 1980. Les États membres ont pris des mesures d'interdiction ou de réglementation de ce type de contrat ; il y a certains États membres où il existe de graves problèmes avec des travailleurs qui n'ont aucune sécurité quant à*

leur revenu et/ou leur temps de travail, ce qui est très difficile à gérer. Notre commissaire européen n'accepte pas ce type de contrat, et sans doute y aura-t-il une initiative européenne à ce sujet.

---

### *Question du public*

*On a beaucoup évoqué les questions de droit du travail, mais assez peu celles de sécurité sociale. Or, il existe un lien entre les deux. La Commission, à l'occasion par exemple de la définition d'un socle des droits sociaux, ou des propositions d'évolution des directives et des règlements, va-t-elle chercher à lier les deux ? Et, en matière de flexibilité, ne faudrait-il pas également lier plus étroitement droit du travail et droit de la sécurité sociale, tant les questions de flexibilité posent des questions de protection sociale (retraite, indemnisation chômage, etc.) ?*

---

### *Rudi Delarue*

*En effet, la sécurité sociale est une question très importante dans l'Union européenne. En moyenne, les États membres y consacrent quelque 25 % de leur PIB. Cet investissement est l'un des éléments du « modèle social européen ». Modèle que d'autres pays du monde, y compris les pays émergents (notamment la Chine), sont en train d'essayer de développer.*

*Nous avons, au niveau de l'Union européenne, une compétence exclusive en matière de sécurité sociale : c'est la « coordination des systèmes », car nous n'avons pas une compétence pour réglementer la « substance des systèmes ». Nous avons essayé, par notre coopération avec les États membres dans le chapitre du traité sur les méthodes ouvertes de coopération (MOC) d'avoir des recommandations en matière de sécurité sociale avec le comité de protection sociale de l'Union où les États membres sont présents. Mais au niveau normatif, la Commission a des compétences plus limitées qu'en matière de droit du travail.*

*Pour ce qui concerne les questions qui ont un lien particulièrement important avec la sécurité sociale et le droit du travail, on a cet élément avec le détachement, où il faut, à la fois, prendre en compte les éléments de salaire, de condition de travail et de sécurité, et bien sûr aussi la sécurité sociale. La Commission a déjà fait des propositions en matière de droit du travail. Il y a également des réflexions en cours au sein de la commission administrative au niveau de tous les États membres pour renforcer la coopération entre les États. On a, par exemple, mis au point un système pour discuter du travail non déclaré, et notamment évoquer le non paiement des contributions à la sécurité sociale. Il y a ainsi une décision du Conseil pour établir une plate-forme entre les États membres.*

---

**Olivier Dutheillet de Lamothe**

*Président de section (h) du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Nous arrivons au terme de notre séance. Je ferai un mot de conclusion très bref pour dire que ce qui m'a beaucoup frappé dans ce débat, c'est la présence – voire l'omniprésence – de l'OIT. En effet, j'ai constaté que l'essentiel de nos discussions ont porté sur les normes de l'OIT, et sur le fait de savoir comment l'Union européenne les prend en compte : encourage-t-elle les États européens à les ratifier, etc. ? Je pense que si nous avions eu ces débats il y a cinq ou dix ans, nous n'aurions pas autant parlé de l'OIT, notamment dans la politique de l'Union européenne. Cela conforte donc le sentiment que j'avais exprimé en introduction, qui est cette espèce de retour du « normatif » du côté de l'OIT, avec une assez forte influence sur l'Union européenne, aspect qui me semble très caractéristique de la période actuelle.

Je remercie chaleureusement nos trois intervenants qui ont été à la hauteur de leur réputation, et le public pour sa participation active à cette séance.





# La mobilité dans le champ du social

Dans un contexte de mondialisation et d'interdépendance croissante des économies, tout particulièrement au sein de l'Union européenne, la mobilité s'impose comme un nouveau paradigme social.

Cette mobilité est celle des travailleurs, mais aussi celle des patients ou des bénéficiaires de régimes de sécurité sociale. Elle impose de repenser nos systèmes sociaux au-delà des cadres nationaux, afin de tenir pleinement compte de ces trajectoires individuelles, tout en veillant à ce que la mobilité ne devienne pas le vecteur d'une concurrence normative qui s'opèrerait au détriment de tous.

## Sommaire

---

Biographie des intervenants.....	115
Actes.....	117
Échanges avec la salle.....	137



# Biographie des intervenants

---

*Les fonctions mentionnées sont celles exercées à la date de la conférence*

## Modérateur

**Jean-Denis Combrexelle**

*Président de la section sociale du Conseil d'État*

Jean-Denis Combrexelle a commencé sa carrière au ministère de l'industrie avant de devenir conseiller au tribunal administratif de Lyon (1982-1989), puis référendaire à la Cour de Justice des Communautés Européennes (1989-1993). Nommé maître des requêtes au Conseil d'État en 1994, il est commissaire du Gouvernement devant les formations contentieuses de 1995 à 1999. Rapporteur général de la Commission pour les simplifications administratives au secrétariat général du Gouvernement de 1999 à 2000, et directeur adjoint des affaires civiles et du Sceau au ministère de la justice en 2000 et 2001, Jean-Denis Combrexelle est directeur des relations du travail de 2001 à 2006, puis directeur général du travail du ministère du travail et de l'emploi de 2006 à 2014. Il est président de la section sociale du Conseil d'État depuis 2014.

## Intervenants

**Alexandre Saubot**

*Président de l'Union des industries et métiers de la métallurgie*

Ancien élève de l'École Polytechnique, Alexandre Saubot commence sa carrière en occupant différents postes dans l'administration (délégation générale pour l'armement, direction du trésor), en cabinet ministériel (ministère de la culture et de la communication) et dans la banque (Natexis Banque Populaire). Il dirige, depuis 2000, une entreprise de taille intermédiaire familiale spécialisée dans la fabrication de nacelles élévatrices et de chariots télescopiques, Haulotte Group SA. Il est, à ce titre, adhérent des chambres syndicales territoriales de la métallurgie de Chalon-sur-Saône, Lyon, Reims et Saint-Etienne. Il contribue, en 2004, aux travaux de la commission présidée par Michel Camdessus destinés à « éclairer, pour les Français et leur représentation nationale, les choix économiques et budgétaires à venir en faveur de la croissance ». Il co-préside, en 2014, le groupe de travail sur la fiscalité des bénéficiaires mis en place par le Gouvernement dans le cadre des assises de la fiscalité des entreprises. Membre de la Commission des relations du travail du Medef, il est chargé, en 2014, de la négociation sur la modernisation du dialogue social. Depuis 2015, il est vice-président du Medef en charge du Pôle Social, et président de l'Union des industries et métiers de l'industrie (UIMM).

## **Yves Veyrier**

*Secrétaire confédéral de Force ouvrière*

Diplômé de l'école nationale de la météorologie, Yves Veyrier est secrétaire confédéral de la Confédération générale du travail-Force ouvrière (CGT-FO) depuis février 2004, vice-président du Comité de la liberté syndicale de l'Organisation internationale du travail (OIT) - groupe travailleurs, depuis novembre 2009, et représentant de la CGT-FO au sein de la Commission nationale consultative des droits de l'homme (CNCDH) en France. Yves Veyrier débute une carrière d'ingénieur au sein des services de prévision et de planification stratégique de la météorologie nationale, puis de météo France (1984-1992). Il rejoint la CGT-FO en 1993, où il exerce successivement les fonctions de conseiller du bureau, puis de secrétaire général de la Fédération de l'équipement, des transports et des services (1993-2004), et de secrétaire confédéral en charge de l'international et de l'Europe (2004-2009). Depuis janvier 2010, il est secrétaire confédéral en charge de la presse et de la communication de l'organisation. Parallèlement à ses fonctions, il est conseiller puis président du groupe FO (2008-2015) au sein du Conseil économique, social et environnemental (CESE), dont il sera aussi président de la commission des affaires européennes et internationales (2010-2015). Il occupe également, depuis 2008, des fonctions et mandats successifs au sein de l'OIT, en qualité de porte-parole du groupe des travailleurs au sein de plusieurs commissions de la conférence internationale du travail, et au sein de commissions d'experts. Il est membre élu du groupe des travailleurs du conseil d'administration de l'OIT de 2008 à 2014, et membre suppléant à ce jour.

## **Laurent Vilboeuf**

*Directeur adjoint à la direction générale du travail du ministère du travail, de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*

Titulaire d'un diplôme d'études approfondies (DEA) en droit social et ancien élève de l'Institut national du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle (INTEFP), Laurent Vilboeuf débute sa carrière d'inspecteur du travail à Reims (1987-1991). De 1991 à 1996, il occupe un poste de responsable de projets à l'INTEFP où il est notamment chargé de la formation initiale et continue des agents du ministère chargé du travail et de la coopération internationale. En 1996, il rejoint la direction départementale du travail et de l'emploi du Rhône en tant que directeur adjoint, responsable du pôle emploi, puis du pôle travail. En 2003, il est nommé directeur départemental du travail, de l'emploi et de la formation professionnelle de Charente. En 2006, il rejoint la direction générale du travail où il occupe le poste de chef du département Appui et soutien au système d'inspection du travail. En 2011, il est nommé directeur régional des entreprises, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi d'Île-de-France : il met notamment en œuvre la réforme du système d'inspection du travail, adapte les réseaux d'opérateurs de l'emploi et de la formation, s'attache à développer des partenariats institutionnels et administratifs, et également à la définition et au pilotage des actions d'accompagnement du Grand Paris. Il est nommé directeur adjoint au directeur général du travail le 1<sup>er</sup> septembre 2016. Laurent Vilboeuf est également l'auteur de nombreux ouvrages et articles relatifs au droit du travail et à l'inspection du travail.



# Actes – La mobilité dans le champ du social

---

**Jean-Denis Combrexelle**

*Président de la section sociale du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Cette quatrième et dernière table ronde du colloque intitulé « le droit social et la norme internationale » est consacrée aux questions de mobilité. Dans la vie d'un salarié, lorsque l'on étudie les ouvrages consacrés au droit du travail, on y évoque généralement l'embauche, puis l'exécution du contrat de travail, et enfin le licenciement. Mais il y a une notion dont on parle moins, peut-être plus floue aux yeux des juristes, mais pourtant essentielle dans la vie des salariés et des entreprises, qui concerne les questions liées à la mobilité, qu'elle soit interne ou externe.

Lorsque l'on examine cette question de la mobilité à travers les normes internationales, l'on s'aperçoit – et cela a été évoqué lors des tables rondes précédentes – que l'OIT a eu tendance à vouloir « égaliser » les conditions de travail pour, d'une certaine façon, faciliter la mobilité. Le droit communautaire également facilite cette « liberté de circulation » des travailleurs (avec la liberté de circulation des marchandises et la libre prestation des services), car l'idée qui sous-tend cette liberté de circulation des travailleurs – qui était l'idée sous-jacente de Jean Monnet lorsqu'il institua la Communauté économique européenne (CEE) –, c'est que cette liberté serait, en soi, à tort ou à raison, synonyme de progrès social. De sorte que plus les travailleurs et les salariés pourraient traverser les frontières – qui seraient par la même occasion abolies... –, meilleure serait leur situation et plus grand le progrès social.

Lorsque l'on étudie la législation communautaire, c'est-à-dire le droit dérivé – nous regarderons ensuite la jurisprudence – tout va dans ce sens. On peut citer les directives de 1996 et de 2014 visant à faciliter le détachement<sup>162</sup>. La table ronde précédente évoquait la sécurité sociale, or l'un des règlements les plus aboutis qui a fait l'objet d'énormément de jurisprudences de la part de la CJUE est le règlement de coordination de sécurité sociale<sup>163</sup> qui visait justement à faire en sorte que le salarié, lorsqu'il utilisait sa liberté de circulation à l'intérieur de la Communauté économique européenne, puis de l'Union européenne, soit accompagné du point de vue de la sécurité sociale.

---

162 Directive 2014/67/UE du Parlement Européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »).

163 Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

Sans entrer dans le détail des décisions des juges de la CJUE, notamment celui des arrêts *Viking* et *Laval*, ou l'arrêt *Commission contre Luxembourg*<sup>164</sup> – sans doute le plus important pour les États membres de l'Union européenne –, on peut interpréter ces décisions comme faisant prévaloir la liberté économique sur les grandes garanties sociales. L'idée qui apparaît clairement dans ces jurisprudences est donc que les grandes libertés économiques sont synonymes de progrès social. Je précise que je ne suis ni un contempteur, ni un défenseur des arrêts *Viking* et *Laval* ; je tiens simplement à montrer la prégnance qui existe autour de ces questions de liberté.

Dans un deuxième temps, on s'est aperçu que ces questions de liberté pouvaient poser des difficultés, notamment aux salariés et aux travailleurs. C'est à cette occasion qu'ont été lancés les débats sur la « flexisécurité ». L'idée étant de montrer qu'il existe un lien entre flexibilité et sécurité. De sorte que davantage de flexibilité doit obligatoirement entraîner un surplus de sécurité pour les salariés. Cette notion, inventée au Danemark et en Hollande, a été ensuite reprise à son compte avec force par la Commission européenne, et même l'Union européenne dans son ensemble.

Nous sommes, aujourd'hui, entrés dans un troisième temps où de nombreuses questions sont posées comme celle de savoir si ces libertés, qui se traduisent par exemple par le détachement, ne sont pas porteuses de menaces pour le « modèle social », mais aussi pour la concurrence entre les entreprises et le progrès social, et *in fine* pour la sécurité des salariés. Ainsi, constate-t-on actuellement une sorte de marche arrière, notamment à travers une directive d'exécution de 2014 destinée à préciser les modalités d'application de la directive de 1996 concernant le détachement des travailleurs<sup>165</sup>. Ce texte est censé prévenir le risque de fraude, dans un contexte marqué par un recours de plus en plus important à ce dispositif. Le nouveau texte est complété par des initiatives nationales, notamment en Allemagne et en France. C'est une présentation pour le moins spécifique parce qu'en réalité la directive de 2014 vise simplement à revenir sur l'esprit de la directive de 1996 qui était d'ouvrir très largement le détachement.

Et l'on s'aperçoit que là où des réglementations nationales auraient fait, à l'évidence, l'objet de recours en manquement de la part de la Commission, ces réglementations nationales n'en font plus l'objet. L'on constate aussi que la CJUE revient sensiblement sur ses arrêts *Viking* et *Laval*, avec notamment l'arrêt *Stroumpoulis* du 25 février 2016 qui pose le principe de la prévalence du social sur l'économie<sup>166</sup>.

On peut donc dire que nous nous trouvons actuellement dans un moment important, à la fois, pour les entreprises et pour les salariés et leurs syndicats.

164 CJCE, Gde ch., 11 décembre 2007, *Viking*, aff. C-438/05 ; CJCE, Gde ch., 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd*, aff. C-341/05 ; CJCE, 19 juin 2008, *Commission c. Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-319/06.

165 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° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »).

166 CJUE, 25 février 2016, *Elliniko Dimosio c. Stroumpoulis e.a.*, aff. C-292/14.

Pour en parler, j'ai la chance d'être entouré de trois interlocuteurs de renom : M. Saubot, président de l'Union des industries et métiers de la métallurgie (UIMM) et chef d'entreprise, nous apportera la vision de l'entreprise et celle d'une organisation professionnelle particulièrement importante ; ensuite, M. Veyrier, secrétaire confédéral de Force ouvrière (FO), figure importante de l'OIT en tant que représentant de FO, nous apportera la vision sur ces questions-là d'un syndicat de salariés qui a été particulièrement actif sur les questions de mobilité ; et enfin M. Vilboeuf, directeur général adjoint de la direction générale du travail du ministère du travail, ancien directeur régional d'Île-de-France, nous parlera des questions de détachement sous l'angle des services déconcentrés du ministère du travail et sous l'aspect des législations.

Sans plus attendre je donne la parole au président Saubot.

---

**Alexandre Saubot**

*Président de l'Union des industries et métiers de la métallurgie*

Merci beaucoup M. Le président. Le sujet qui nous réunit pour cette séance est particulièrement important pour nos entreprises de l'industrie.

Lorsque l'on parle de mobilité, il faut d'abord préciser un certain nombre d'éléments contextuels. Certes, l'élargissement de l'Europe a augmenté la mobilité des travailleurs, mais ces travailleurs mobiles ne représentent toutefois que quelque 3,5 % de la population européenne. J'ai donc du mal à croire en l'importance que certains donnent à leur discours dans ce domaine.

Ensuite, nous sommes, en tant que représentants des entreprises industrielles, totalement convaincus que cette mobilité est un pilier du marché intérieur, et une condition du bon fonctionnement de nos activités. La capacité à faire venir des compétences rares est quelque chose d'essentiel. L'adéquation des compétences dont les entreprises ont besoin et l'amélioration de l'employabilité sont des éléments importants. Aussi, fais-je partie des personnes qui trouvent très regrettable le contexte de « stigmatisation » actuel du détachement, surtout quand il est amplifié avec les conséquences du *Brexit* et la dimension très politique que cela prend.

Il s'agit pour moi d'un sujet qui pose un double défi à nos entreprises.

Le premier aspect est d'affronter un déficit de certaines compétences sur le territoire national, pour lequel la seule façon de le combler à court terme est parfois de faire appel à des salariés venus d'autres pays européens.

À cet égard, permettez-moi de commencer avec une petite anecdote au sujet d'une grande entreprise de la métallurgie – il s'agit d'un établissement de six cents personnes dans une région que je ne nommerai pas, car elle est liée à un ministre qui s'inquiète que vingt chaudronniers soient des salariés détachés alors que le taux de chômage dans la région reste important. Dans cette affaire, pour tenter d'embaucher des travailleurs, on a mobilisé tout le monde y compris Pôle emploi.



Le résultat a été le suivant : deux cent cinquante candidats issus de Pôle emploi ont fait preuve d'intérêt pour les postes, puis quinze salariés furent sélectionnés pour suivre un an de formation payée au SMIC, mais à la fin de la formation, il ne restait qu'un seul salarié que l'entreprise était en mesure d'embaucher ! Donc, lorsque l'on évoque un « manque de compétences », ce n'est pas une vue de l'esprit. Il y a, aujourd'hui en France, un vrai manque de compétences – sur lequel on travaille. Certes, le détachement n'est pas la seule réponse, mais l'interdiction du détachement aurait des conséquences négatives très lourdes pour l'industrie française, notamment en termes de délocalisation des sites de production.

Et le second aspect qu'il ne faut pas oublier, c'est que l'industrie est d'abord et avant tout exportatrice de compétences. Par exemple, nos ingénieurs sont envoyés à l'étranger pour accompagner nos projets ; de sorte que l'on détache autant de salariés qu'on en accueille ; sachant, en outre, que ceux que l'on détache sont souvent beaucoup plus qualifiés que ceux que l'on accueille. Ainsi, tout ce qui viendrait complexifier ce dispositif fragiliserait notre capacité à exporter. Et le jour où l'on ne pourra plus détacher en dehors de France nos salariés, on sera obligé d'embaucher des travailleurs « locaux », à supposer que l'on trouve les bons profils.

Aujourd'hui en France, force est de constater que la mobilité des salariés n'est pas favorisée. Elle est même entravée par une multiplication des règles qui se veulent protectrices, mais qui pourtant n'atteignent pas cet objectif de protection du travailleur.

Le débat actuel sur le détachement est un exemple frappant de cette incapacité que l'on a à bien poser les problèmes. Le dispositif du détachement est pour nous un dispositif sain – cela a d'ailleurs été rappelé par le président Combrexelle – qui est au cœur de la libre circulation des travailleurs, donc au cœur de la construction européenne. Or, aujourd'hui, sous prétexte de lutter contre les abus, c'est le principe même du détachement qui est remis en cause par un grand nombre d'observateurs et de politiques, au motif que ces salariés viennent concurrencer les salariés français en raison de leur moindre coût. Mais le problème, ce n'est pas la concurrence. Le problème, c'est le contournement et la mauvaise application des règles en vigueur. Et c'est ce contournement qui conduit à du travail illégal et à du « dumping social ».

Loin de moi l'idée de nier la réalité de ces contournements et de ces difficultés, notamment dans des secteurs bien identifiés, comme ceux du bâtiment et des transports, où des difficultés se posent avec une réalité certaine. En revanche, nous refusons les solutions qui sont actuellement proposées pour remédier à cette situation. À vouloir trop bien faire, on finit par mal faire ; et aujourd'hui il y a une multiplication des initiatives législatives, tant au niveau national qu'au niveau européen, qui aboutissent non pas à lutter contre le travail illégal mais à entraver la libre circulation de travailleurs détachés dans des conditions tout à fait légales, sans pour autant lutter contre le mal à la racine, c'est-à-dire la fraude.

Permettez-moi de donner quelques exemples.



En France, il a fallu trois textes pour transposer la directive d'exécution de 2014 : les lois dites « Savary »<sup>167</sup>, « Macron »<sup>168</sup> et « El Khomri »<sup>169</sup>. Ces textes font aujourd'hui peser sur les entreprises françaises qui accueillent des salariés étrangers plus de contraintes et de sanctions que le législateur européen n'a pu en imaginer. On a même ajouté dans la loi de 2016 une « *contribution administrative versée par les employeurs étrangers chaque fois qu'ils détachent un salarié en France* ». Je ne vois pas en quoi une « contribution administrative » empêchera qui que ce soit de frauder si tel est son objectif.

Deuxième sujet, qui est bruxellois : le projet de révision de la directive de 1996 sur le détachement<sup>170</sup>. Là aussi, j'ai du mal à cacher mon désarroi en lisant les propositions qui sont dans ce texte : d'abord l'idée de limiter le détachement à deux ans ; j'ai scrupule à rappeler que la moyenne du détachement en France est de quarante-quatre jours. Le seul effet que l'on peut avoir en limitant à deux ans le détachement, c'est de pénaliser nos grands groupes industriels qui, pour accompagner des projets, détachent des salariés sur des durées plus longues. Ceci risque d'avoir deux effets : limiter leur capacité de développement international et/ou les obliger à aller chercher à l'étranger les compétences dont ils ont besoin. Ensuite, la deuxième idée qui me paraît tout aussi inappropriée, c'est de parler non plus de salaire minimum, mais de « rémunération », avec toute la difficulté qu'il y a à définir localement ce qu'est la rémunération. Or, pour tous ceux qui ont organisé des systèmes de fraude efficaces, notamment en récupérant dans le pays d'origine une partie significative du salaire faiblement versé, passer du « salaire minimum » à la « rémunération » ne changera rien aux pratiques. En revanche, pour tous les gens honnêtes qui essaient de bien faire leur travail, aller extraire des conventions collectives de nos voisins – qui sont rarement rédigées dans une langue que tout le monde comprend – la parfaite compréhension de ce qu'est la rémunération du salarié détaché n'ira pas sans poser de nombreuses difficultés, avec des risques de sanctions non nuls.

De sorte que, si l'on souhaite lutter efficacement contre le travail détaché illégal, je ne vois pas en quoi rédiger des textes inapplicables, complexes et mal ciblés serait opportun ! En outre, je me désespère en notant que ces dispositions sont alourdies dans la loi nationale. Et, aujourd'hui, je ne peux pas m'empêcher de penser que la France – mais elle n'est pas la seule – fait preuve, dans ce domaine, d'un protectionnisme inacceptable pour toutes nos entreprises exposées à la concurrence internationale. Au final, on protège peut-être quelques entreprises non soumises à la concurrence internationale, mais on entrave celles qui ont besoin d'exporter au-delà des frontières leurs savoir-faire et leurs compétences pour se développer.

---

167 Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale.

168 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

169 Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

170 Le 29 mai 2018, le Parlement européen a approuvé une nouvelle directive sur le détachement des travailleurs.



Pour autant, il ne s'agit pas de ne rien faire, mais encore faut-il appuyer sur les bons leviers. Si l'on veut favoriser durablement la mobilité des salariés dans le cadre d'un détachement sain, il convient de trouver les bons outils pour lutter contre les fraudes et encadrer efficacement le détachement.

Pour cela, voici quelques propositions.

Premièrement, renforcer de façon ciblée, avec des gens formés et compétents, les contrôles effectués par les inspecteurs du travail. Deuxièmement, sécuriser par une base de données européenne le « formulaire A1 » qui prouve l'affiliation du salarié à la sécurité sociale du pays d'origine, car aujourd'hui la principale cause de fraude au détachement est la fraude au formulaire A1. Troisièmement, garantir la lisibilité des obligations auxquelles sont soumises les entreprises détachantes : on pourrait, par exemple, imaginer de standardiser le formulaire de déclaration préalable. Quatrièmement, et cela apparaît comme une évidence car souvent une partie de la difficulté se trouve dans le pays d'origine, renforcer la coopération entre les administrations sociales et fiscales pour aller rechercher à la source un certain nombre de renseignements révélant des fraudes organisées.

Ainsi, au-delà des critiques sur ce qui existe, il y a des choses à faire pour favoriser la mobilité, notamment autour de la mobilité de l'alternance et de l'apprentissage, par exemple sur le modèle d'« Erasmus+ »<sup>171</sup>. Il me semble important pour développer la formation, l'apprentissage, et l'employabilité de nos jeunes de viser à construire un « Erasmus de l'apprentissage » qui leur permette de séjourner à l'étranger pour renforcer leurs compétences et accroître leur employabilité. Pour cela, il y a trois choses à faire : construire des cartographies de formation par apprentissages au niveau européen ; faciliter l'accès à la formation linguistique de tous les jeunes en alternance, parce qu'à un moment donné cette question devient fondamentale ; et enfin continuer à mobiliser les entreprises européennes sur ce sujet pour développer des échanges. Il y a ainsi des exemples et des expérimentations très encourageantes menées par les entreprises Airbus, Bosch ou Siemens qui montrent que l'on peut promouvoir une mobilité intelligente, formatrice, et créatrice de formation et de valeur.

En conclusion, je voudrais redire mon attachement à cette disposition, à cette idée de la mobilité au sein de l'Union européenne. Aujourd'hui, au nom d'un protectionnisme à peine voilé, on met à mal le principe de la libre circulation. Dans ce contexte, je pense que la schizophrénie nous guette. Nos lieux d'activité et de production en France se trouvent, aujourd'hui, menacés faute de compétences et de capacité à faire venir les talents, et la main d'œuvre dont ils ont besoin. Je pense que lutter contre la fraude, qui est une réalité qu'il faut réduire, ne passe pas par les entraves que l'on envisage aujourd'hui. Je rappelle aussi que le risque maximum encouru pour une entreprise qui ne peut pas produire un document administratif en temps et en heure est aujourd'hui de cinq cent mille euros. Si l'on fraude, il me paraît tout à fait normal d'être sanctionné, mais s'il manque un formulaire dans un dossier, une telle amende me paraît quelque peu excessive. Quoi qu'il en

---

171 Le nouveau programme Erasmus+ vise à soutenir des actions dans les domaines de l'enseignement, de la formation, de la jeunesse et du sport pour la période 2014-2020.



soit, si nos entreprises ne peuvent pas continuer à bénéficier d'une main d'œuvre mobile, elles iront produire au-delà de nos frontières, là où le protectionnisme et la schizophrénie n'ont pas encore frappé.

Enfin, au-delà de la mobilité dont ont besoin nos entreprises, la libre circulation des personnes et des salariés constitue l'une des quatre libertés indissociables sur lesquelles repose notre marché intérieur. Si nous croyons en l'Union européenne, nous devons nous battre pour la défendre et la préserver. Et à chaque fois que je regarde ce dossier, il me revient cette citation de Benjamin Franklin<sup>172</sup> qui disait : « *Ceux qui voudraient renoncer à la liberté essentielle, pour acheter un peu de sécurité temporaire, ne méritent ni la liberté, ni la sécurité* »<sup>173</sup>.

---

### **Jean-Denis Combrexelle**

*Président de la section sociale du Conseil d'État,  
modérateur de la table ronde*

Merci M. le président pour cette approche qui mêle, à la fois, les questions de principe et les questions très concrètes. Les pratiques auxquelles sont confrontées les entreprises, y compris sur des questions de formulaires administratifs, notamment en matière de sécurité sociale, sont des questions qui sont loin d'être de simples questions d'intendance. Elles sont aussi liées à des questions de principe. Vous avez évoqué les questions de « dumping social », et de fraude au détachement ; cela suscite-t-il des réactions de la part des autres intervenants ?

---

### **Laurent Vilboeuf**

*Directeur adjoint à la direction générale du travail du ministère du travail,  
de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*

En la matière, l'on peut dire que la réalité, partant de constats gravissimes, saisit la norme pour la faire évoluer. Bien entendu les réactions européenne et française ont comme objectif de préserver la liberté de prestation de service et la liberté de circulation des travailleurs. C'est pourquoi il faut aujourd'hui une réaction très forte sur ces situations profondément anormales – sur lesquelles je reviendrai dans mon intervention – pour laisser se développer la prestation de service normale qui est un facteur de création de richesses, et un acquis à préserver s'agissant d'un élément clé du droit européen.

Je pense que la récente frénésie législative est la conséquence de cette extraordinaire créativité en matière de fraude au détachement que l'on constate sur le terrain – certes pas dans la majorité des cas, mais les fraudes sont nombreuses – et qui cherche en permanence à contourner les règles. Il faut donc, pour garantir une prestation de service licite et créatrice de richesses collectives, et aussi garantir la pérennité du système du détachement, éradiquer complètement les systèmes frauduleux – qu'il s'agisse de fraude à la sécurité sociale ou au droit du travail – qui

---

172 B. Franklin (1706-1790), écrivain, scientifique et homme politique américain.

173 « *Those who would give up Essential Liberty to purchase a little Temporary Safety, deserve neither Liberty nor Safety* », in *An Historical Review of the Constitution and Government of Pennsylvania*, R. Griffiths, Londres, 1759, p. 289.

créent de lourds préjudices aux entreprises, surtout dans le domaine du bâtiment sur de grosses opérations avec maîtres d'ouvrages.

---

**Yves Veyrier**

*Secrétaire confédéral de Force ouvrière*

La mobilité d'un salarié lorsqu'elle se fait à la demande d'une entreprise – je me place dans le système français avec un droit du travail, une administration du travail et un système de contrôle *a minima* –, n'est sans doute pas celle qui pose le plus grand nombre de problèmes lorsque l'on est dans des secteurs tels que l'industrie.

Le problème que l'on rencontre en termes de mobilité des travailleurs vient du fait que la plupart des migrations sont de type économique – avec des personnes qui viennent chercher ce qu'elles n'ont pas chez elles, notamment en termes de travail et de conditions de vie. La question qui se pose, alors, est plus celle de la condition de leur accueil et de ce que l'on peut leur proposer, que celle du contournement de la directive sur le détachement. Par contre, il y a certains secteurs où les problèmes sont effectivement massifs, notamment le secteur des services et le secteur des transports qu'ils soient routier, aérien ou maritime. Et il y a aussi la question des moyens d'inspection et de contrôle, soulevée régulièrement dans le secteur agricole et notamment pour l'embauche de personnel saisonnier.

Je pense que l'on évoque des besoins et des secteurs d'activité qui ne sont pas confrontés ni aux mêmes besoins ou intentions, ni aux mêmes difficultés. Par contre, il existe des pays ou des régions où les problèmes se posent d'une manière beaucoup plus difficile encore, comme au Moyen-Orient ou en Asie, où la majorité de la main d'œuvre active est une main d'œuvre migrante. S'ajoute ici le problème de la responsabilité des donneurs d'ordre dans ce que l'on appelle les chaînes d'approvisionnement (sous-traitance, achats de fournitures, etc.).

---

**Jean-Denis Combrexelle**

*Président de la section sociale du Conseil d'État,  
modérateur de la table ronde*

Je souhaiterais demander au président Saubot si ce qu'il vient de dire est la vision qu'il a du secteur de l'industrie ou reflète une vision d'ensemble, englobant par exemple d'autres secteurs comme celui du bâtiment et des travaux publics (BTP).

---

**Alexandre Saubot**

*Président de l'Union des industries et métiers de la métallurgie*

Je pense que l'acuité de la fraude au détachement est plus forte dans d'autres secteurs que celui de l'industrie. J'en ai cité deux, qui me paraissent assez emblématiques : le transport et le BTP. Aujourd'hui, l'empilement législatif de règles françaises, et l'inadéquation des obligations par rapport à la typologie des fraudes que l'on peut identifier m'amènent à préciser que l'ensemble des entreprises



françaises et des organisations considèrent que l'on est en France allé trop loin, car on est en train de mettre des freins au détachement légal sans apporter de vraies réponses aux fraudes.

Lorsqu'une entreprise française ne trouve pas la compétence en France et fait venir, par exemple, un chaudronnier polonais, il lui coûte – si elle respecte l'ensemble des obligations – plus cher que si l'entreprise trouvait un salarié français. À aucun moment ce type d'appel de compétence ne répond à une logique de « dumping » ou d'économie. C'est une réalité qui, selon moi, doit couvrir 95 % des domaines d'application que je connais dans notre environnement industriel. Or, ce que nous demandons c'est que l'on aille chercher les vrais outils de lutte contre la fraude. Il ne sert à rien de remonter le calcul de la rémunération minimum, car à partir du moment où le principe de la fraude est le fait que la personne qui est payée restitue dans son pays d'origine une part significative de sa rémunération à son employeur, on peut augmenter de 20 % le niveau obligatoire de paiement de la rémunération, l'employeur va récupérer 20 % de plus au retour, et le système de fraude fonctionnera exactement de la même manière.

Limiter à deux ans, quand l'essentiel des opérations de détachement frauduleux sont courtes, pour uniquement importuner les industriels qui ont des projets longs, me semble aberrant. Je n'arrive pas à voir le lien entre la mesure coercitive qui est imaginée, et les typologies de fraude que l'on peut identifier ou partager avec les secteurs du bâtiment et des transports. Disant cela, je ne nie pas le problème, mais maintenant que ce dernier est identifié, il faut y répondre de façon pertinente. Et les deux bonnes réponses me semblent être : le contrôle du formulaire A1, qui est le point d'entrée dans le détachement – la fraude au formulaire A1 est extraordinairement facile d'autant plus qu'il s'agit d'un document sans photographie –, et le renforcement de la coopération entre les États, car face à des salariés roumains ou polonais qui viennent en France dans des conditions douteuses, la meilleure façon d'arrêter la fraude est que les autorités roumaines ou polonaises interviennent auprès de l'employeur roumain ou polonais. Or, aujourd'hui, pour de nombreuses raisons, ces autorités n'agissent pas, ou n'en font pas assez pour mettre un terme à ces pratiques frauduleuses.

Dans ce contexte, nous ne pouvons encore une fois que constater qu'avec l'empilement législatif et réglementaire produit par la France à travers trois lois, et la proposition de la Commission du 8 mars 2016 de révision de la directive concernant le détachement des travailleurs, on apporte moult obligations et contraintes aux honnêtes gens, sans réellement compliquer la vie de ceux qui vont continuer à frauder. C'est là mon inquiétude et mon cri d'alarme.

---

**Jean-Denis Combrexelle**

*Président de la section sociale du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Je donne la parole à M. Veyrier qui va nous présenter la mobilité vue du côté syndical et de l'OIT.



Merci M. le président. En remarque liminaire, je souhaiterais corriger l'image que l'on pourrait avoir de l'OIT qui, au fil de ce colloque, semble avoir été dépeinte comme une espèce de « tyrannosaure juridique » élaborant des normes d'un autre temps, en l'occurrence d'un autre siècle, alors même que tout un chacun peut participer à une conférence internationale du travail et s'apercevoir, d'une part, qu'il s'agit d'une organisation intergouvernementale, d'autre part, qu'elle a la singularité d'être représentée par ses trois parties (gouvernement, organisations de travailleurs et organisations d'employeurs) et, enfin, que l'élaboration d'une norme est un processus très long – une conférence internationale rassemble environ trois mille personnes qui vont discuter d'une norme –, et qu'une norme est une « convention », c'est-à-dire un « accord entre les parties », que l'on essaye de faire vivre en phase avec le monde actuel et d'adapter aux réalités du temps présent dans le cadre de la supervision de son application.

En lien avec ces questions de mobilité, il faut garder à l'esprit que l'OIT n'a pas été constituée pour répondre à l'enjeu de la mobilité des travailleurs. En effet, son but est de promouvoir un objectif de justice sociale dans le monde, consistant plutôt à répandre la norme sociale autour de la planète. Seules deux conventions sur les cent quatre-vingt neuf ont été consacrées aux travailleurs migrants. On peut y ajouter une troisième convention assez récente qui concerne la protection sociale : la convention n° 157 sur la conservation des droits en matière de sécurité sociale<sup>174</sup>, qui précise dans son article 5 que « *les travailleurs salariés qui occupent habituellement un emploi sur le territoire d'un Membre sont soumis à la législation de ce Membre, même s'ils résident sur le territoire d'un autre [État] Membre [de l'OIT] ou si l'entreprise ou l'employeur qui les emploie a son siège ou son domicile sur les territoires d'un autre Membre* »<sup>175</sup>. Cette convention date de 1982 et est entrée en vigueur en 1986, mais elle n'est ratifiée que par quatre États dont deux États européens (Espagne et Suède). Elle prévoit, en outre, des stipulations qui permettent d'exempter en tout ou partie, notamment dans le cadre d'accords communs, l'application *stricto sensu* de ce qui vient d'être rappelé.

La façon dont l'OIT traite de la mobilité des travailleurs est celle : i) de la protection des travailleurs migrants (cf. notamment à ce sujet la convention n° 97<sup>176</sup>, ou le protocole qui est venu adosser la convention n° 29 sur le travail forcé<sup>177</sup> dont l'objectif est d'éliminer la traite des personnes et qui porte notamment sur les agences de recrutement et la coopération entre les États membres, entre pays d'accueil et pays d'origine, notamment vis-à-vis des pratiques frauduleuses de bureaux de placement ou de recrutement de travailleurs) ; ii) de l'application des normes du pays d'accueil, iii) du principe de non-discrimination qui est érigé au titre d'une « convention fondamentale » – conventions qui, si elles ne sont pas ratifiées

---

174 Convention n° 157 du 21 juin 1982 concernant l'établissement d'un système international de conservation des droits en matière de sécurité sociale.

175 *Ibid.* Partie II. Législation applicable. Article 5 (a).

176 Convention n° 97 du 1<sup>er</sup> juillet 1949 concernant les travailleurs migrants.

177 Convention n° 29 du 28 juin 1930 concernant le travail forcé ou obligatoire.



par tous les pays, par exemple les États-Unis ou la Chine, ont vocation depuis la conférence internationale du travail de 1998 à être appliquées et respectées par l'ensemble de ces pays. Théoriquement, aucun pays ne peut donc échapper aux conventions fondamentales. La question est : qui active ou pas la mise en œuvre des stipulations de ces conventions fondamentales ? À cet égard, il y a eu régulièrement des plaintes en provenance de syndicats des États-Unis invoquant la violation de la liberté syndicale, et très récemment une plainte concernant la Chine.

Le principe est donc celui de la « norme du pays d'accueil ». Le comité de la liberté syndicale, par exemple, indique que les droits en matière de liberté syndicale et d'accès à la négociation collective doivent s'appliquer à tous les travailleurs dans le pays concerné, qu'ils soient résidents ou immigrés, y compris immigrés en situation illégale. Très récemment, l'activité du comité de la liberté syndicale a conduit à ce que la Corée du Sud finisse par accepter, après un processus de suivi d'une plainte sur plusieurs années, de reconnaître un syndicat de travailleurs qu'elle refusait de reconnaître parce que dédié aux travailleurs migrants et parce que le président dudit syndicat était un travailleur en situation illégale.

Dans ce contexte, quelles sont les insuffisances ou les questions qui se posent aujourd'hui ?

Il a déjà été évoqué durant ce colloque que le grand vainqueur des changements qui nous ont affectés est la mondialisation – mondialisation des échanges, de la circulation des entreprises et des marchandises –, qui a pris l'avantage sur l'expansion effective de la norme sociale.

Dans les années 1990, on a eu un débat très controversé sur la « clause sociale » que nous voulions ériger comme condition des échanges commerciaux à partir de l'OIT. Ce débat se traduit aujourd'hui par un concept nouveau, celui de la cohérence sociale des politiques économiques et commerciales.

Il faut avoir en tête que siège à l'OIT, pour représenter le gouvernement de la France, le ministère du travail, mais que siège à l'OMC le ministre en charge du commerce qui, lui, n'est pas forcément au courant, ou sensibilisé aux questions sociales dont son collègue a débattu et sur lesquelles il vient de s'accorder à l'OIT. On a donc là un problème de cohérence des politiques des pays ; je me souviens en avoir débattu plusieurs fois avec le directeur de l'OMC, à l'époque Pascal Lamy, qui répondait aux syndicats : *« je suis d'accord avec vous, mais adressez-vous à vos États, car je n'ai pas mandat en tant que directeur général de l'OMC de mettre en place une clause d'application des normes de l'OIT ; à charge pour vos États qui les ont adoptées à l'OIT de s'assurer, quand ils viennent à l'OMC, qu'elles font partie des règles d'échange en matière commerciale »*. Ce souci de cohérence devrait valoir pour les représentants de la France, comme pour ceux des autres pays.

Je voudrais également évoquer la question de la mobilité des travailleurs à l'échelle mondiale. Aujourd'hui, la population de travailleurs migrants dans le monde est d'environ deux cent quarante-quatre millions, ce qui représente quelque 3 % de la population mondiale. Ce n'est donc pas un enjeu massif, à l'exception de certains



secteurs d'activités et de certaines zones comme le Moyen-Orient, notamment le Qatar où il y a un problème sérieux en ce moment autour de la préparation de la coupe du monde de football et où le secteur du bâtiment avec des entreprises françaises est exposé. Au Qatar, 90 % de la population active est une population de travailleurs migrants à qui l'on confisque systématiquement son passeport et qui se retrouve *de facto* en situation de travail forcé.

La question de la mobilité des entreprises soulève aussi celle de la responsabilité des donneurs d'ordres sur l'ensemble de leur chaîne de sous-traitance et d'approvisionnement. On se souvient du drame du Rana Plaza<sup>178</sup>. Il y a en ce moment plusieurs plaintes au comité de la liberté syndicale alléguant des violations du droit à la négociation collective dans le secteur du textile dans des pays où sont installées beaucoup d'enseignes internationales et où les plaignants font remarquer que, bien qu'ayant été alertées sur les pratiques des usines locales en matière de violation de la liberté syndicale et de violation de la négociation collective, lesdites enseignes – non présentes sur place – n'ont pas réagi, pas même répondu.

Il y a une discussion importante sur les actions à mener en la matière, qui a démarré en juin 2016. Cette discussion implique l'ensemble des gouvernements, des représentants des employeurs, et des représentants des travailleurs des cent quatre-vingt-sept pays membres de l'OIT. Et je précise, à l'attention de ceux qui voudraient y assister, que les discussions y sont particulièrement vives, car il s'agit avant tout d'une enceinte politique dont l'objectif est d'essayer de dégager ce qui pourrait s'apparenter à une convention – voire une norme – en matière de mise en œuvre de ce que l'on appelle « la nécessité d'agir avec la diligence voulue » (en anglais, « *due diligence* »). À cet égard, il y a d'ailleurs sur ce sujet une proposition de loi en France – qui est contestée – en matière de responsabilité et de surveillance du donneur d'ordres sur ses sous-traitants<sup>179</sup>.

Enfin, on peut évoquer la question des prestations de service intellectuel à travers les réseaux sociaux. En la matière, on propose aux gens, où qu'ils soient dans le monde, de répondre en ligne *via* Internet à des questions, ou de trouver une solution à un problème donné ; le tout en contrepartie d'une rémunération. Ainsi, sur certains secteurs pourraient se développer des situations posant problème à l'échelle internationale en termes de nouvelles formes du travail en lien avec le numérique.

---

**Jean-Denis Combrexelle**

*Président de la section sociale du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

L'un des intervenants souhaite-t-il faire une remarque ?

---

178 Le 24 avril 2013, l'immeuble Rana Plaza s'effondrait à Dacca, au Bangladesh, faisant de nombreux morts et blessés. Les victimes étaient des ouvriers du textile qui travaillaient pour les grandes firmes internationales de prêt-à-porter.

179 Proposition devenue la loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre.



---

**Laurent Vilboeuf**

*Directeur adjoint à la direction générale du travail du ministère du travail,  
de l'emploi, de la formation professionnelle et du dialogue social*

La nécessité d'une réponse adaptée aux problèmes constatés, notamment pour les donneurs d'ordres et les maîtres d'ouvrage, est quelque chose d'absolument déterminant pour éviter que l'ensemble de la chaîne de production ne soit complètement détériorée. Nous voyons que les entreprises prestataires sont prises dans un système qui les empêche de respecter correctement le droit du travail ou le droit de la sécurité sociale. Ce qui vient d'être dit sur l'importance qu'il convient d'attacher à la conception des opérations, et sur le fait de s'attacher à convaincre et à contrôler les organisateurs d'opérations, est absolument déterminant.

J'ai une seconde remarque assez pragmatique : j'ai constaté sur le terrain une sorte de « grand cri d'amour » pour l'inspection du travail concernant le contrôle des fraudes aux détachements. Autrement dit, je n'ai jamais vu un tel consensus de la part des employeurs et des salariés sur des contrôles de l'inspection du travail ; cela fait plaisir à voir !

---

**Alexandre Saubot**

*Président de l'Union des industries et métiers de la métallurgie*

Sur des cas avérés de fraude, le monde patronal n'a aucune difficulté avec l'idée que le corps de l'inspection du travail, ou tout autre organisme identique, permette de diagnostiquer les fraudes réelles. Encore une fois, mon seul regret, c'est qu'avec la complexification du dispositif, l'inspection du travail ne soit pas en mesure de vérifier correctement le dossier papier pour constater s'il manque un formulaire qui n'aurait pas été rempli par incompréhension ou ignorance, et ainsi constater ou non la fraude et, le cas échéant, sanctionner l'entreprise.

À cet égard, je ne peux pas m'empêcher de m'interroger, non pas sur l'intérêt de l'existence d'une organisation comme l'OIT, mais sur la pertinence de toutes les normes qu'elle produit, et sur certaines décisions prises ou sur certaines conditions d'application de ces normes. Faisant partie de ceux qui considèrent que la France est une démocratie sociale avancée, que son ordre juridique est en situation de s'assurer que nos libertés fondamentales, ainsi que les droits syndicaux et les droits des salariés, sont respectés, lorsque je vois que la ratification d'une convention peut conduire à abroger un dispositif qui est parfaitement légal – et qui fonctionne en Allemagne ou en Italie sans aucun dommage grave, ni pour le fonctionnement du marché du travail, ni pour les équilibres sociaux de ces pays –, je m'interroge sur l'objectif réel des personnes qui, au sein de l'OIT, ont pris ces décisions...

Il faut avoir conscience que le périmètre d'application des règles doit être pertinent. C'est la même chose pour la responsabilité du donneur d'ordre. Si ces dispositions ne sont pas prises au minimum au niveau européen – idéalement au niveau de l'OCDE – et que les obligations ne pèsent que sur les entreprises françaises, le donneur d'ordre va se déplacer pour s'installer dans le pays qui n'est soumis à

aucune obligation. Alors oui, il y a une responsabilité du donneur d'ordre ; et oui il faut que l'on soit très attentif à ce qui se passe dans la chaîne de production, qu'il y ait une responsabilité d'évaluation, d'incitation. Quand on passe à une responsabilité légale, pénale et financière, et que l'on est les seuls à envisager de la mettre en œuvre, il faut bien être conscient que l'on ne va en rien réduire la précarité et les situations absurdes, mais que l'on va juste détruire l'attractivité de la France et l'emploi dans notre pays. Ainsi, avec quelque six millions de chômeurs, avant de prendre ce type de décision – certes humainement compréhensible et politiquement facile à vendre – certains décideurs devraient s'interroger sur leur périmètre de pertinence.

---

**Yves Veyrier**

*Secrétaire confédéral de Force ouvrière*

Vous faites allusion au contrat nouvelle embauche (CNE). Je pense qu'il y a une grande part de fantasme sur le CNE. Il faut rappeler : i) qu'il s'agit d'une ordonnance, ii) qui n'a été soumise à aucun dialogue social, et iii) que le jugement de l'OIT en 2007 qui l'a déclaré contraire au droit du travail est le résultat d'un comité tripartite (gouvernements, employeurs et travailleurs) de personnalités non françaises sur une plainte déposée par les syndicats français.

La question de l'information préalable du motif du licenciement, qui est une des exigences de la convention, ne devrait même pas se poser, tant il s'agit d'une question de dignité et de respect de la personne humaine. Mieux aurait valu, dans le cadre d'un dialogue social, évoquer les conditions d'une négociation sur les moyens de faciliter l'embauche dans les petites et moyennes entreprises. Cela aurait permis d'être plus efficace. Le dialogue social tripartite est la « marque de fabrique » de l'OIT.

---

**Alexandre Saubot**

*Président de l'Union des industries et métiers de la métallurgie*

La décision de l'OIT faisait état d'une période d'essai manifestement disproportionnée. De la même façon, dans une autre affaire, un fonctionnaire italien non soumis à la décision a décidé (au vu de quels critères ?) que deux ans était une période trop longue...

---

**Jean-Denis Combrexelle**

*Président de la section sociale du Conseil d'État,  
modérateur de la table ronde*

Je donne la parole à M. Vilboeuf pour la dernière intervention de cette séance.



Le point de vue du ministère du travail, notamment exprimé par la direction générale du travail (DGT), est central à plusieurs titres. La DGT contribue à l'élaboration des normes en droit du travail, mais ce qui est important c'est qu'étant Autorité centrale de l'inspection du travail au sens des conventions internationales n° 81 et 129 de l'OIT, elle contribue à les faire appliquer. Or, ce qui est très important dans le débat aujourd'hui sur la norme internationale et « la vraie vie », c'est la rétroaction de la réalité sur les normes. Dans ce domaine, nous sommes dans un processus d'interaction extrêmement fort dans les constats qui sont faits dans différents pays quant à l'évolution de la norme, d'où ce sentiment « d'accélération législative » qui a pu surprendre, mais aussi de débats très vifs sur l'évolution de la directive européenne de 1996<sup>180</sup>.

En droit du travail, le détachement a pour objectif de garantir aux travailleurs des conditions d'emplois équivalentes dans les différents pays autour d'un « socle commun de droits garantis » (droit de la sécurité sociale, etc.), afin de permettre que les salariés soient maintenus au régime de sécurité sociale de l'État d'origine si les conditions du détachement sont remplies. On voit déjà ici les difficultés d'articulation que cela engendre, et en effet le président Saubot a raison de dire que la fraude à la sécurité sociale est un sujet majeur et difficile à résoudre, mais pour ma part je le traiterai plutôt sous l'angle du droit du travail.

*Quid* des directives ? Il y a la directive de 1996 qui est la directive originelle. Au début, on se souvient que la Commission était très attentive à ce qu'il n'y ait pas d'obligation de contrôle trop renforcée liée à la déclaration du détachement. Ensuite, lors de la décennie qui a suivi, on était très attentif à ce qu'il n'y ait pas de barrières particulières et que les obligations de déclaration ne soient pas des outils de contrôle. Aujourd'hui, les choses ont fortement évolué, notamment en raison des constats opérés sur le terrain qui nécessitent une réaction forte pour garantir la sécurité et la dignité des travailleurs détachés.

Le contexte a en effet beaucoup évolué depuis 1996, notamment en raison du passage de l'Union européenne de quinze à vingt-huit pays. Et en dehors des périodes transitoires, il y a eu des mouvements plus importants que ce qui était prévu à l'origine ; et puis l'on constate aussi une forte dispersion des salaires dans les États membres : depuis 1996, on est passé d'un ratio de un à trois, à un ratio de un à dix. Il y a donc là des facteurs objectifs qui font que la législation et les normes ont dû être adaptées. Le second élément est la forte hausse du nombre de salariés détachés. Dans ce domaine, les statistiques laissent quelque peu perplexes en raison du sentiment de sous-déclaration, mais l'on mesure néanmoins qu'en termes de prestations de service réalisées par des entreprises étrangères reçues et connues par les services du ministère du travail et par l'inspection du travail – la déclaration de détachement arrivant dans les sections de l'inspection du travail –,

---

180 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.

il y avait, fin 2015, quatre-vingt-deux mille déclarations de prestations pour deux cent quatre-vingt-six mille salariés détachés. On pense que cette réalité est sous-estimée, mais elle donne cependant une image de l'ampleur de ce phénomène.

L'on découvre également beaucoup d'autres prestations de services, notamment dans les secteurs du bâtiment et des transports, ou dans le secteur de l'agriculture comme le précisait M. Veyrier. Prestations nombreuses que l'on découvre souvent à l'occasion du contrôle des conditions de travail, ou du contrôle de conditions d'hébergement « non satisfaisantes » – et c'est un euphémisme. Or, en matière de détachement, les problèmes de forme sont particulièrement révélateurs d'un problème de fond, et une absence de déclaration est parfois révélatrice de situations peu glorieuses. Il n'y a donc pas, en ce cas, que l'incompréhension de normes administratives absconses qui expliquent les problèmes rencontrés, mais il y a aussi les violations des règles de base du « noyau dur » de la législation du travail.

En France, le détachement représentait, en 2015, dix millions sept cent mille jours détachés, avec une hausse de 11 % en un an, ce qui représente quarante-six mille cinq cents équivalents temps pleins (ETP). Si l'on fait le lien avec le nombre de demandeurs d'emplois inscrits à Pôle emploi ou de chômeurs au sens du BIT, cela n'est évidemment pas très important sur un plan quantitatif. Il n'en reste pas moins que, sur certains secteurs d'activité, les pratiques de détachement frauduleux sont très préoccupantes et nécessitent une réaction extrêmement forte et rapide. Les principaux secteurs concernés sont, sans surprise, le BTP et le travail temporaire – lui-même gros pourvoyeur de fraude plutôt complexe et sur lequel il faut que l'on soit particulièrement vigilant, car il donne lieu à des montages très ingénieux où l'on a des travailleurs temporaires mis à disposition pour des prestations de service dans le pays d'accueil et qui, avec des sociétés écran multiples, empêchent les vérifications de remonter à la source. L'on constate ainsi des situations profondément anormales, notamment dans les zones frontalières qui regroupent 45 % des déclarations. Enfin, il doit être noté que ces détachements restent assez typés, et concernent par ordre décroissant : les Polonais, les Portugais, les Espagnols et les Roumains.

C'est dans ce contexte que l'administration du travail essaie de lutter contre les différents types de fraudes.

Il y a tout d'abord les fraudes réalisées dans le cadre d'un vrai détachement ; il s'agit de manquements plutôt contraventionnels qui pourraient être considérés comme des « péchés véniels », mais qui parfois révèlent des fraudes plus graves. Il y a ensuite les défauts de déclaration de détachement, le non paiement des salaires minimaux, le non respect des règles de sécurité, etc. – et nos services sur le terrain constatent souvent ces situations anormales à partir du constat de mauvaises situations de travail. Ainsi récemment, en Seine-Saint-Denis, des contrôles ont été menés sur des chantiers de démolition, en raison du seul constat des conditions déplorables sur le chantier. On est donc là sur la nécessité du respect des règles pour que l'entreprise qui fonctionne correctement soit protégée et les travailleurs aussi.



Et puis l'on a des situations plus préoccupantes, il s'agit des règles dites « de faux détachements ». Nous sommes là en dehors du détachement puisque l'on constate l'absence du caractère temporaire du détachement. C'est un phénomène que l'on observe pour certaines entreprises, notamment dans les secteurs du bâtiment et de l'agriculture, où des salariés sont déclarés pour un chantier ou une prestation, alors qu'en réalité ils font un véritable circuit sur l'ensemble du territoire qui dure plusieurs mois, voire, plusieurs années !

Enfin, il y a un dernier type de fraude, de plus en plus préoccupante, où les employeurs n'ont aucune activité réelle dans le pays d'origine et détachent des salariés pour travailler exclusivement en France : on est ici dans le cas de la fraude « à l'établissement ».

Force est de constater que ces pratiques se développent, et pourrissent véritablement la qualité intrinsèque de la prestation de service internationale. On est là sur une atteinte gravissime aux droits des travailleurs en raison d'une concurrence déloyale – qui rejoint le discours des artisans sur les emplois non délocalisables qui appellent l'État à l'aide sur ce sujet tant cette concurrence déloyale est forte.

Dans ce contexte, si l'on n'y prend pas garde, il faut être conscient que le risque de fragilisation du marché unique existe.

La directive d'exécution de 2014<sup>181</sup> – qui s'apparente plutôt à une directive de renforcement du contrôle – oblige à avoir une lecture commune au sein des pays de l'Union européenne, et notamment à imposer la création de sites Internet pour permettre de mieux connaître la réglementation du pays d'accueil et d'avoir un site Internet pour que les employeurs étrangers appliquent correctement la réglementation. Cette étape de 2014 était donc importante, d'autant qu'elle a permis dans les faits de renforcer les moyens de contrôle.

Au-delà des obligations qui ont été imposées aux maîtres d'ouvrages, il y a la volonté dans cette directive de 2014 de faire respecter les droits des travailleurs et des salariés, car souvent les entreprises prestataires « disparaissent » et, en ce cas, il devient compliqué voire impossible d'avoir en face de soi un interlocuteur ; d'où le dispositif de responsabilité solidaire qui est mis en place et qui a été renforcé progressivement avec les lois « Savary »<sup>182</sup>, « Macron »<sup>183</sup> et « El Khomri »<sup>184</sup> où l'on a fait peser des obligations qui se sont précisées au fur et à mesure pour le maître d'ouvrage. Mais l'on voit bien qu'en réalité, il s'agissait là de la volonté de saisir le véritable responsable d'une situation profondément anormale qui n'a pas exercé sa vigilance.

---

181 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.

182 Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale.

183 Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques.

184 Loi n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.



La vraie question qui a été posée lors du récent comité du dialogue social européen international, en présence du ministre et des partenaires sociaux représentés, est celle de l'exécution transfrontalière des sanctions. *Quid* en effet de leur exécution réelle ? Cela pose un certain nombre de questions. L'une a été posée par la directive de 2014, il s'agit de la coopération entre États, dont le renforcement est un enjeu majeur – c'est là que tout le travail doit maintenant porter. Sur cette question, les résultats sont inégaux entre les États, car entre les bureaux de liaison et aussi la coopération entre les États, l'on a des collaborations d'un niveau très inégal.

Soulignons également que l'évolution du droit interne est sans doute impressionnante pour qui la regarde de l'extérieur. La sanction de cinq cents mille euros à laquelle il a été fait allusion précédemment n'a, à ma connaissance, jamais été prononcée ; tout le monde sait qu'en réalité il s'agit d'une sanction de deux mille euros maximum par salarié concerné, et que la somme de cinq cents mille euros n'était là que pour créer un effet dissuasif. Et l'on voit qu'en réalité les sanctions précédentes, notamment administratives, étaient très peu appliquées et très peu dissuasives. Il s'agit donc de mettre les sanctions créées par les lois « Savary », « Macron » et « El Khomri » au niveau du préjudice économique subi par les entreprises et la collectivité, car il faut être dissuasif. Et je pense qu'une sanction administrative est sans doute plus efficace pour faire assurer l'effectivité du droit qu'une hypothétique sanction pénale, totalement inadaptée compte tenu de la fugacité de la présence des entreprises sur le territoire.

Nous avons aussi, pour assurer l'effectivité et garantir les entreprises qui fonctionnent bien et les bonnes prestations de service, créé une suspension temporaire d'activité, c'est-à-dire que lorsque l'on constate qu'une entreprise viole sciemment certaines règles du détachement, à la fois dans la forme et dans le fond, l'on peut suspendre un chantier pendant une durée d'un mois – il y en a actuellement une douzaine suspendus en France – et c'est une arme extrêmement efficace et dissuasive.

Pour conclure, je souhaiterais faire quelques remarques d'ordre pratique.

*Quid* en effet du contrôle dans tout cela ? L'État s'est organisé pour être plus efficace et plus réactif. Un groupe national de veille, d'appui et de contrôle (GNVAC) a été créé, au sein de la direction générale du travail, pour saisir les situations qui peuvent se développer sur tout le territoire. On a ainsi, par exemple, découvert récemment la situation d'une entreprise de travail temporaire au sud des Pyrénées qui pratique des prestations de service dans les exploitations agricoles du sud de la France pour plusieurs milliers de salariés, et qui offrait des conditions de rémunération, de travail et d'hébergement indignes. Il y a donc parfois des opérations qui nécessitent de fortes coordinations. C'est bien pour cela que le GNVAC permet de lancer des interventions sur l'ensemble du territoire national en appui des services de l'État au niveau local ; avec des unités régionales de contrôle et de lutte contre le travail illégal. Tout cela permet d'organiser chaque mois quelque mille trois cents contrôles.



Cette focalisation forte sur le sujet a pour objectif de répondre à plusieurs enjeux : d'une part, garantir que la prestation de service continue d'être une opportunité pour les entreprises étrangères et françaises, car c'est une source de richesse ; d'autre part, éviter d'avoir des mouvements qui aboutissent à déstructurer des pans entiers de certains secteurs d'activité, comme par exemple l'artisanat ; et surtout, essayer de couvrir les fraudes complexes. Par exemple, chez d'importants maîtres d'ouvrages, on ne voit plus de salariés détachés, mais des « artisans détachés » ou alors on assiste à la montée en puissance de fraudes de plus en plus complexes. Et comme le droit ne peut pas courir sans arrêt derrière le fait, il faut outiller les services de l'État pour saisir ces situations complexes, ce qui n'était pas le cas jusqu'à présent, et qui l'est devenu récemment, ce qui devrait permettre de garantir des prestations de service plus vertueuses pour l'avenir.

---

**Jean-Denis Combrexelle**

*Président de la section sociale du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Merci M. le directeur général. L'un des intervenants souhaite-t-il réagir ?

---

**Alexandre Saubot**

*Président de l'Union des industries et métiers de la métallurgie*

Encore une fois je partage les objectifs de lutte contre la fraude au travail détaché. Mais j'ai entendu un qualificatif que j'ai du mal à partager, car il laisserait à penser qu'il n'y a pas de difficulté pour les gens honnêtes. Or la réalité, aujourd'hui, de l'ensemble de ce qui a été construit, en particulier dans le secteur de l'industrie – qui ne peut pas être suspecté d'abuser de ce dispositif pour les raisons que j'ai citées précédemment (manque de compétence, aucune économie) –, c'est que ce secteur n'est clairement pas dans une situation d'abus. Pourtant, je vois un certain nombre de mes adhérents s'inquiéter et commencer à hésiter à utiliser ce dispositif. Et plus l'entreprise est petite et plus la réalité est celle-là ; parce que, certes, la sanction de cinq cents mille euros est dissuasive, mais elle est aussi dissuasive pour la personne honnête qui, lorsqu'elle regarde la pile de papier à fournir, le risque qu'elle prend et le droit qui remet en cause les allègements de charges – aspects qui sont la conséquence du renforcement du pouvoir de l'inspection du travail –, s'interroge sur la capacité à utiliser l'outil.

Et donc je m'étonne – encore une fois sans contester les abus rencontrés dans certains secteurs, ni la nécessité de cibler les contrôles et de renforcer le savoir-faire des inspecteurs –, que depuis un an, alors que tout le monde sait que le sujet concerne principalement les secteurs du bâtiment et du transport, il y ait de plus en plus d'adhérents de la métallurgie qui s'inquiètent de voir débarquer des inspecteurs du travail pour contrôler le détachement dans l'industrie. Dans ce contexte, où est la politique ? Où est le ciblage ? Surtout quand ces actions deviennent assez vite, pour des raisons d'inquiétude, des pratiques qui ressemblent plus à des gesticulations.



Encore une fois, l'industrie a besoin du détachement. Globalement, nous sommes le troisième pays exportateur de travailleurs détachés, mais je pense que le secteur de l'industrie est le premier secteur exportateur de travailleurs détachés. À un moment donné, il faut donc aussi se poser la question des « plus » et des « moins », et s'assurer que les mesures mises en œuvre ne sont pas disproportionnées par rapport à l'objectif recherché.

Je pense qu'une discussion apaisée sur ce sujet, loin de la vision politique, permettrait de trouver des solutions ; c'est en ce sens que j'ai apprécié la déclaration commune de la ministre El Khomri et de son homologue allemand pour dire : « *nous allons fortement pousser le contrôle et la mise en œuvre du contrôle des formulaires A1 et essayer d'avancer dans ce domaine* ». J'y vois une mesure efficace, contrairement à la mesure de création d'une carte professionnelle, mise en œuvre par mes amis du secteur du BTP, qui est un formidable outil à la fraude car il n'y a pas plus facile à contrefaire. Ainsi, avec la volonté de protéger un secteur, on crée un outil extraordinairement facile à contrefaire ; et donc si le premier niveau de contrôle est de s'assurer que les travailleurs ont une carte, et que le document est très facile à obtenir, même quand on n'est pas dans la légalité, je m'interroge sur le manque de critique vis-à-vis de la décision publique notamment en ce qui concerne l'objectif à atteindre.

Dans l'industrie, nous sommes des adeptes du « *test and learn* » : on regarde si cela marche, et si cela fonctionne on continue, sinon on arrête et on essaye autre chose. Tandis que dans notre démocratie française, sur des sujets sociaux comme ceux-là, on est plutôt dans le « *test and pile* » : on teste, si cela marche c'est très bien, et si cela ne marche pas l'on rajoute des éléments supplémentaires, sans jamais se poser la question des effets indésirables et secondaires du dispositif précédent qui n'a pas donné satisfaction !

Je termine en profitant de cette tribune pour donner un conseil aux représentants de l'administration : il faut impérativement passer du « *test and pile* » au « *test and learn* ». Et peut-être, alors, pourrions-nous avancer plus efficacement sur ce sujet dont nous partageons pleinement l'objectif : la fraude au travail détaché est une vraie difficulté dans certains secteurs et dans certaines situations, et il faut trouver ensemble la meilleure façon d'y répondre.

---

**Jean-Denis Combrexelle**

*Président de la section sociale du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Cette question est en effet très importante, car elle concerne la libre circulation au sein de l'Union européenne, en même temps qu'elle est le symptôme de ce qui a été aussi évoqué s'agissant des déficiences de la construction de l'Union européenne en matière d'harmonisations sociale et fiscale, et des systèmes de protection sociale.

# Échanges avec la salle

## Question du public

*Je souhaiterais revenir sur le formulaire A1. Dans certains pays qui encouragent leurs entreprises à aller concurrencer les autres sociétés, il est très facile d'obtenir ce document ; je pense notamment à l'Irlande. Ma conviction est qu'il faut lutter contre les formulaires A1, même si cela est juridiquement difficile. Si le formulaire A1 émane, par exemple, d'un pays comme l'Irlande – et c'est très facile d'avoir un formulaire A1 tronqué rempli par l'entreprise et sur lequel il y a le cachet de l'Irlande – il va ensuite directement en France et on l'oppose pour échapper à la sécurité sociale française. Or, le problème est que l'on ne peut pas remettre en cause ce formulaire A1, parce qu'autour de ce document il y a toute une jurisprudence européenne, qui précise qu'on ne peut le remettre en cause qu'à la suite d'une procédure où il faut aller voir l'État en cause, puis aller devant la Commission qui, si elle n'est pas d'accord, nous oblige à porter l'affaire devant la CJUE. Et le temps que l'on franchisse toutes ces étapes, le fraudeur est déjà parti. La situation est donc compliquée. Pourtant, l'on dispose d'un instrument pour agir contre l'entreprise qui travaille en France sur le terrain du travail dissimulé et mettre en cause sa responsabilité à l'égard des organismes sociaux. Autrement dit, dans la gestion des formulaires A1 il y a deux moyens d'action : d'une part, la remise en cause directe, mais très difficile, dudit formulaire et, d'autre part, la lutte contre le « dumping social » – puisque c'est de cela qu'il s'agit – contre lequel nous avons des instruments : travail dissimulé et action en responsabilité civile. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire Ryanair, même si celle-ci n'est pas terminée<sup>185</sup>. Si l'on fait la distinction entre le formulaire A1, qui permet le détachement, et l'affiliation au régime du pays d'origine, et si l'on agit non pas sur ce terrain-là mais plutôt sur le terrain du travail dissimulé et de la responsabilité civile, on peut dès lors disposer d'une arme efficace. Qu'en pensez-vous ?*

*Jean-Denis Combrexelle*

*Je vais prendre d'autres questions avant de demander aux intervenants de bien vouloir vous répondre.*

<sup>185</sup> La compagnie aérienne irlandaise à bas coûts Ryanair avait été condamnée en première instance le 2 octobre 2013 à une amende de deux cent mille euros et à plus de neuf millions d'euros de dommages et intérêts par le tribunal correctionnel d'Aix-en-Provence pour travail dissimulé, non paiement des cotisations sociales (Urssaf, cotisations assurance chômage et retraite). Mais, en 2017, une décision de la CJUE sur les travailleurs détachés conforte la position de Ryanair sur l'utilisation de personnels navigants basés en France avec des contrats irlandais, et contredit la justice française ayant condamné Ryanair pour travail dissimulé : CJUE, 27 avril 2017, *A-Rosa Flussschiff GmbH c. Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) d'Alsace, venant aux droits de l'Urssaf du Bas-Rhin, Sozialversicherungsanstalt des Kantons Graubünden*, aff. C-620/15 [demande de décision préjudicielle formée par la Cour de cassation française].

---

### *Question du public*

*En matière de détachement, il existe des normes au niveau internationales et des normes au niveau communautaire. Mais qui assure la surveillance des flux de travailleurs ? Au niveau des États, les inspecteurs du travail vérifient que les règles en matière de détachement sont appliquées. Qu'en est-il au niveau européen ou au niveau international ? N'est-ce pas là qu'il y a un dysfonctionnement ? Par exemple, lorsque les inspecteurs du travail en France font des contrôles d'entreprises polonaises, cela suscite des réactions diplomatiques assez vives car la Pologne considère que la France « stigmatise » ses travailleurs. En Corée du Nord, sans doute pour combler un besoin de devises, le Gouvernement négocie avec un certain nombre de pays (dont la Pologne) le détachement de travailleurs coréens qui vont aller travailler gratuitement à l'extérieur, et ce sont lesdits pays qui rémunèrent l'État coréen. Sans aller jusqu'à s'inspirer d'un tel modèle, comment prévenir les fraudes au détachement ?*

*Ne pouvons-nous pas, à l'instar de la police européenne des frontières censée empêcher l'entrée d'immigrés illégaux dans l'Union européenne, créer une police du détachement dont la mission serait d'empêcher les migrations temporaires de travailleurs et les fraudes ?*

---

### *Question à Laurent Vilboeuf*

*Aujourd'hui, on a du mal à intervenir sur le formulaire A1 à cause de la jurisprudence ; et l'on sait pertinemment que la révision du règlement de coordination est inscrite à l'ordre du jour depuis un an, même si elle a été bloquée en raison des conséquences du Brexit. La Commission européenne est censée présenter sa proposition à la fin de l'année 2016.*

*Ne pensez-vous pas que la France pousse avec plus de ferveur la révision de ce texte et propose des amendements qui permettraient, sans avoir à revenir sur le fond du texte, de travailler sur les moyens de lutter contre la fraude au formulaire A1 contre des dispositions extrêmement simples, et de prendre des mesures assez rapides – même si la révision du règlement peut prendre un certain temps ?*

*Est-ce que le Gouvernement français ne pourrait pas être porteur de mesures pratiques sur la base de l'échange que l'on vient d'avoir, et de mesures que l'on pourrait envisager en matière de sécurité sociale, dans le cadre de la révision du règlement, de manière à lutter contre les difficultés qui sont apparues en raison de la jurisprudence européenne pour que l'on puisse avancer en matière de sécurité sociale plutôt que d'avancer uniquement sur le droit du travail qui, aujourd'hui, paraît quelque peu bloquant ?*

---

*Jean-Denis Combrexelle*

*Nous avons la chance d'avoir parmi nous M. Sanson, directeur au centre de liaison de la sécurité sociale, qui va sans doute pouvoir nous apporter certains éléments de réponse sur ce sujet d'actualité<sup>186</sup>.*

---

*Philippe Samson*

*Des propositions ont été faites pour améliorer l'utilisation du formulaire A1. Parmi les difficultés que nous avons soulevées, il y a la délivrance sans limitation de temps du formulaire A1 – dans l'affaire A-Rosa Flussschiff les formulaires A1 avaient été délivrés sept ou huit ans après les constatations des faits<sup>187</sup>. Il y a également des propositions sur les cas d'abus manifestes pour que l'opposabilité du formulaire A1 soit limitée. Enfin, il y a une demande d'amélioration des procédures de dialogue. Il s'agit donc de propositions pratiques, car l'enjeu est très important. Ces propositions françaises sont complétées par d'autres propositions sur d'autres sujets, notamment sur le droit de la protection sociale qui est un élément clé pour arriver à faire converger le droit du travail et le droit de la sécurité sociale. Mais c'est aussi la nécessité au niveau de la Commission que d'établir un lien plus important entre ces deux champs du social.*

---

*Jean-Denis Combrexelle*

*Merci. Je propose aux intervenants de répondre aux questions du public.*

---

*Laurent Vilboeuf*

*Sur la sécurité sociale, le ministère du travail pousse à la mise en place d'une coordination entre pays plus efficace, notamment pour intégrer les problématiques du détachement dans la plate-forme européenne de lutte contre le travail illégal. À cette occasion, les questions de sécurité sociale sont posées de manière très opérationnelle. C'est donc là aussi un levier à utiliser.*

---

186 À la date du colloque, un certain nombre d'affaires étaient pendantes devant la CJUE : i) l'affaire *Altun* (C-359/16) concernant des certificats délivrés en Bulgarie alors que l'employeur n'y exerçait aucune activité (question préjudicielle posée par la Cour de cassation belge), et qui a donné lieu à un arrêt (grande chambre) du 6 février 2018 ; ii) l'affaire *Alpenrind* (C-527/16) concernant des remplacements de travailleurs détachés hongrois dans des abattoirs autrichiens (question posée par la juridiction suprême autrichienne) où il est demandé à la CJUE de se prononcer eu égard à l'article 5 du règlement 987/2009 ; iii) l'affaire *Commission c. Belgique* (C-356/15) où la Commission reproche à la Belgique une violation des règlements 1408/71 et 574/72, dans la mesure où l'administration a la possibilité, lorsqu'elle estime être en présence d'un abus, d'assujettir un travailleur détaché au système de sécurité sociale belge, déniaient ainsi la force probante du formulaire A1.

187 CJUE, 27 avril 2017, *A-Rosa Flussschiff GmbH c. Union de recouvrement des cotisations de sécurité sociale et d'allocations familiales (Urssaf) d'Alsace, venant aux droits de l'Urssaf du Bas-Rhin, Sozialversicherungsanstalt des Kantons Graubünden*, aff. C-620/15 [demande de décision préjudicielle formée par la Cour de cassation française].

---

*Yves Veyrier*

*La création d'une « police du détachement » est une question délicate car elle touche à la souveraineté des États, notamment par rapport à leurs territoires. Pour ma part, j'évoquais plutôt le protocole n° 29 sur le travail forcé – prévu pour entrer en vigueur le 9 novembre 2016 et qui, entrant dans le champ des conventions fondamentales, est applicable à tous les États – qui prévoit que les États mettent en œuvre des plans d'action nationaux pour lutter contre le travail forcé et la traite des personnes à des fins de travail forcé. Il y a donc là la nécessité de mettre en œuvre des coordinations entre les pays d'origine et les pays d'accueil des travailleurs. Autrement dit, le système de supervision et de contrôle de l'OIT va maintenant s'intéresser à ce que font effectivement ou pas les États en la matière. Certes, il ne s'agit pas tout à fait d'une police, mais plus d'un protocole de mise en œuvre effective de la convention, sous l'angle « mobilité des personnes » dans le contexte du travail, à des fins d'évitement du travail forcé.*

*Enfin, j'invite les « vrais représentants » des employeurs à venir à l'OIT – car l'on a trop souvent en face de nous des avocats, notamment anglo-saxons, au titre des employeurs ! – pour traiter les questions posées et trouver des réponses dans le cadre d'un véritable dialogue social.*

---

*Alexandre Saubot*

*Si l'on élargit le propos dans l'optique de la construction européenne – qui promeut la libre circulation des biens et des personnes, la monnaie unique et un certain nombre d'autres sujets –, tous les « penseurs » de ces dispositifs étaient convaincus que ces règles s'accompagneraient d'une certaine forme de convergence, notamment en ce qui concerne les règles sociales et fiscales – la partie réglementaire étant quelque peu en arrière plan. Or force est de constater aujourd'hui, et pour de nombreuses raisons, que cette convergence ne se produit pas au rythme attendu – même s'il y a quelques éléments positifs en la matière. Alors plutôt que de produire de la norme coercitive qui n'empêchera jamais les détournements et les fraudes, mais qui viendra compliquer la vie de tous les honnêtes gens, il me semble plus intéressant de s'interroger sur les raisons pour lesquelles cette convergence ne se produit pas (projet commun, affectio societatis, etc.).*

*L'intérêt commun est de se demander quels sont les grandes règles ou les grands principes qu'il conviendrait d'ajouter à ce qui a déjà été construit, pour faire en sorte que cette convergence s'accélère ou reprenne à un rythme plus soutenu, afin que les situations évoquées (« dumping » de l'Irlande, attitude de la Corée du Nord, etc.) disparaissent.*

# Séance de clôture

---

**Jean-Denis Combrexelle**

*Président de la section sociale du Conseil d'État,*  
**modérateur de la table ronde**

Puisqu'il m'est donné l'honneur de conclure ce colloque, je souhaiterais, en remarque liminaire, remercier chaleureusement l'ensemble des intervenants des quatre tables rondes, ainsi que le public pour leurs très enrichissantes interventions.

Ce colloque a eu lieu dans la salle d'assemblée générale du Conseil d'État qui est l'un des endroits où se préparent, à la fois, les projets de lois et les projets des textes réglementaires les plus importants. Sur les murs de cette salle, il y a quatre grandes toiles qui la décorent, et qui ont été réalisées dans les années 1920 par le peintre Henri Martin<sup>188</sup> – concomitamment à la création de l'OIT pourrions-nous dire puisque celle-ci a été créée à la fin de la Première guerre mondiale. Ces peintures sont des allégories de « l'agriculture », du « commerce », de « l'industrie » et du « travail intellectuel ». L'ensemble porte le titre de « La France laborieuse se présentant au Conseil d'État ». L'auteur a choisi de représenter une scène de moisson, la place de la Concorde en travaux, les pêcheurs de Marseille devant le Vieux-Port. Quant au symbole de la pensée, il est figuré sous la forme d'un homme marchant dans la forêt. Ce sont là des invitations au travail. Et chaque fois que nous préparons un texte, nous pensons à cette situation de travail et aux conséquences de la décision, du texte ou du décret que l'on prend, sur la réalité de la situation de travail. Cette œuvre picturale est donc une sorte d'invitation à prendre en compte, même si ce n'est pas toujours simple, cette exigence.

Durant ce colloque, nous avons vu, lors de la première table ronde, comment la norme internationale se fabrique dans le champ du droit social, et comment elle est appliquée par le juge. Comme cela a été dit, la norme internationale est très importante en pratique puisque l'article 55 de la Constitution française fait prévaloir la norme internationale sur la loi nationale – la France étant par ailleurs le deuxième pays qui a ratifié le plus grand nombre de conventions de l'OIT et un pays membre de l'Union européenne. Nous avons vu, également, qu'il existe des particularités dans la construction de la norme internationale, que ce soit une directive communautaire ou une convention internationale de l'OIT : rapports de forces, diplomatie, attentes syndicales, « lobbying », etc. Puis, une fois que le texte communautaire ou international est validé, il est « sanctuarisé » par le juge, qui le fait prévaloir sur la norme nationale ; ce qui pose des questions d'interprétation, à la fois importantes et pratiques pour les salariés et les entreprises.

La deuxième table ronde a permis de mettre en avant un élément qu'il me paraît très important de préciser, notamment dans cette salle d'assemblée où l'on fait du « droit dur » (loi, ordonnance, décret) : il s'agit du droit souple (en anglais,

188 Marc Sanson, *Le Conseil d'État au Palais-Royal*, éd. du patrimoine, Paris, 2006.

« *soft law* »). Ce droit souple est, en effet, ainsi qu'il a été démontré, d'une extrême importance dans la pratique, aussi bien pour les salariés que pour les entreprises (référentiels divers, Pacte mondial aussi appelé « *global compact* », etc.). Ce qui signifie que lorsqu'une grande entreprise méconnaît ces référentiels, la conséquence est tout aussi importante que lorsqu'il y a une violation du « droit dur ». Cette conséquence peut aller, par exemple, jusqu'à la fermeture de certains marchés.

Et l'une des questions qui est posée est de savoir comment ces référentiels de responsabilité sociale – ou sociétale – des entreprises (RSE) ont, petit à petit, migré dans le champ des petites et moyennes entreprises, et s'ils relèvent d'une initiative unilatérale de l'entreprise ou si c'est quelque chose qui a à voir avec le dialogue social, avec les instances représentatives du personnel, avec les syndicats. La question est, à la fois, importante et pratique, puisque si l'on considère que, petit à petit, cette responsabilité sociale des entreprises va jouer sur les conditions très concrètes de vie des salariés des entreprises. Il est important de voir comment cette responsabilité sociale va s'articuler avec la négociation collective, et notamment avec les institutions représentatives du personnel.

Les tables rondes trois et quatre ont ensuite été consacrées à deux points importants : la flexibilité et la mobilité, étant précisé que parfois ces deux thèmes ont des points communs. À travers ces deux notions, plusieurs questions sont posées pour savoir comment le droit international, y compris le droit communautaire, appréhende ces questions de flexibilité et de mobilité. La première exigence serait qu'il y ait, au moins au niveau de l'Union européenne, une harmonisation des conditions, notamment de sécurité sociale et de travail. L'on a beaucoup évoqué la question de la lutte contre la fraude ; on ne peut pas bâtir un système de relations du travail, avec les conséquences que cela peut avoir sur les entreprises, sur des systèmes qui porteraient dès le départ une sorte de présomption de fraude. Il faut arriver, petit à petit, à une forme de convergence des conditions de travail. On parle beaucoup en ce moment de « défi pour l'Union européenne », notamment à travers les conséquences du *Brexit* ; et il nous semble que cette question est véritablement l'un des éléments de ce défi qui aurait un sens politique, et un sens concret pour la vie des travailleurs et des chefs d'entreprises.

Et puis il y a le défi de l'avenir : on ne peut plus faire de colloque sans évoquer la question du développement exponentiel du numérique au sein de nos sociétés, y compris sous sa forme la plus polémique d'« ubérisation », synonyme pour beaucoup de travailleurs de remise en cause du contrat de travail. C'est là un point essentiel : l'arrivée des technologies de l'information et de la communication remet en cause un certain nombre de métiers, qui correspondent notamment à la classe moyenne. Dans ce contexte, l'interrogation porte sur l'avenir du travail. Et la question qui sera posée aux institutions internationales, y compris aux institutions communautaires est de savoir s'il faut faciliter cette évolution sans trop prendre de précaution, ou au contraire se mettre dans une posture d'interdire, de limiter, de cantonner, ou plutôt d'essayer d'inventer quelque chose de nouveau.



Pour ma part, je pense que le mot clé est « l'invention » pour savoir comment nous allons travailler demain. Il va, en effet, falloir inventer de nouveaux systèmes ; ce qui ne signifie pas que toutes les anciennes relations du travail vont disparaître. Dès lors, nous risquons de nous retrouver dans un système où il y aura, à la fois, les anciennes relations du travail au sens classique du terme, et des prestations de service totalement nouvelles ; avec, entre les deux, un droit du travail qui n'existe pas encore et qui reste à inventer. Dans ce contexte, le pire serait que chaque État essaye de tirer profit de ces nouvelles évolutions au détriment des autres États, ce qui serait une erreur fatale pour la construction européenne, seule à même d'apporter une solution globale qui satisfasse l'ensemble des États membres.

Lorsque l'on dit qu'il y a des défis importants, ce ne sont pas les autres qui doivent faire face à ces défis, c'est tout le monde (syndicats, organisations professionnelles, entreprises, inspection du travail, ministère du travail, avocats, etc.). Tous ont une responsabilité en la matière.

Si le monde dépeint dans les quatre tableaux qui ornent la salle d'assemblée générale du Conseil d'État a beaucoup évolué, il ne faut jamais oublier que, derrière ces changements, il y a des êtres humains qui travaillent, et que l'ensemble de ces organisations et de ces institutions ont une responsabilité particulière vis-à-vis d'eux. Chaque jugement que l'on rend, chaque loi qui est votée, et chaque décret que l'on prend a des conséquences directes sur l'emploi et les conditions de travail de chacun d'entre nous.





# Annexes





# 1. Éléments de jurisprudence

## 1.1. Jurisprudences nationales (Conseil d'État et Cour de cassation)

**CE, 2 décembre 2011, Confédération française des travailleurs chrétiens, n° 33472, au Rec. – loi relative au repos dominical et convention n° 106 de l'OIT concernant le repos hebdomadaire dans le commerce et les bureaux**

(...) Considérant qu'aux termes de l'article 6 de la convention : « 1. Toutes les personnes auxquelles s'applique la présente convention auront droit, sous réserve des dérogations prévues par les articles suivants, à une période de repos hebdomadaire comprenant au minimum vingt-quatre heures consécutives au cours de chaque période de sept jours. / 2. La période de repos hebdomadaire sera, autant que possible, accordée en même temps à toutes les personnes intéressées d'un même établissement. / 3. La période de repos hebdomadaire coïncidera, autant que possible, avec le jour de la semaine reconnu comme jour de repos par la tradition ou les usages du pays ou de la région. » ; qu'aux termes de l'article 7 de la même convention : « 1. Lorsque la nature du travail, la nature des services fournis par l'établissement, l'importance de la population à desservir ou le nombre des personnes employées ne permettent pas l'application des dispositions de l'article 6, des mesures pourront être prises, par l'autorité compétente ou par l'organisme approprié dans chaque pays, pour soumettre, le cas échéant, des catégories déterminées de personnes ou des catégories déterminées d'établissements comprises dans le champ d'application de la présente convention à des régimes spéciaux de repos hebdomadaire, compte tenu de toute considération sociale et économique pertinente (...) » ;

Considérant, d'une part, que la loi du 10 août 2009, qui a rappelé que, conformément aux stipulations du 3 de l'article 6 de la convention, le repos hebdomadaire est, dans l'intérêt des salariés, donné le dimanche, a modifié les dispositions de l'article L. 3132-25 du code du travail, lesquelles instituaient antérieurement à cette loi « un régime spécial » de repos hebdomadaire, au sens des stipulations du paragraphe 1 de l'article 7 de la convention n° 106 permettant aux établissements de vente au détail situés dans les communes d'intérêt touristique ou thermale et dans les zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente d'employer du personnel salarié le dimanche après délivrance par le préfet d'une autorisation individuelle ; que ces modifications ont eu pour objet de permettre la satisfaction, pendant certaines périodes de l'année, des besoins d'une population supplémentaire importante fréquentant ces communes ou ces zones et de résoudre les difficultés posées par la mise en œuvre du régime antérieur en assurant un même traitement à l'ensemble des commerces de détail qui y sont implantés ; que ces motifs constituent des considérations pertinentes au sens des stipulations précitées ; que si le législateur a supprimé la condition tenant à la nature des biens et services vendus par les établissements ainsi que la nécessité, pour chaque établissement concerné, de solliciter une autorisation,

il a limité la faculté de déroger de droit au repos dominical pour tout ou partie du personnel aux seuls établissements de vente au détail situés soit sur le territoire d'une commune d'intérêt touristique ou thermale inscrite sur une liste établie par l'autorité administrative, soit dans le périmètre des zones touristiques d'affluence exceptionnelle ou d'animation culturelle permanente défini par la même autorité ; qu'ainsi, seuls sont autorisés à donner le repos hebdomadaire par roulement à tout ou partie de leur personnel, les établissements situés dans des communes ou des zones où, pendant certaines périodes de l'année, il est nécessaire de répondre aux besoins d'une population supplémentaire importante ; que, dans ces conditions, la loi a défini avec précision des « *catégories d'établissements* », au sens des stipulations précitées du paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention ;

Considérant, d'autre part, que la loi du 10 août 2009 a institué un nouveau régime spécial de repos hebdomadaire en prévoyant que les établissements de vente au détail, situés dans un périmètre d'usage de consommation exceptionnel au sein d'une unité urbaine de plus de 1 000 000 d'habitants, peuvent être autorisés à donner à tout ou partie de leur personnel le repos hebdomadaire par roulement ; que ce nouveau régime spécial a pour objet de répondre aux besoins d'une clientèle importante résidant dans de grandes agglomérations ; que la satisfaction de ces besoins constitue une considération pertinente, au sens des stipulations précitées ; que, par suite, le syndicat requérant n'est pas fondé à soutenir que l'application d'un régime spécial de repos hebdomadaire aux établissements de cette catégorie méconnaîtrait les stipulations du paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le syndicat requérant n'est pas fondé à soutenir que la circulaire attaquée serait illégale au motif qu'elle réitérerait des dispositions du code du travail, issues de la loi du 10 août 2009, qui seraient contraires aux stipulations du paragraphe 1 de l'article 7 de la convention internationale du travail n° 106 ; (...)

**CE, 30 janvier 2015, *Union syndicale solidaires*, n° 363520, aux Tables – absence d'effet direct de l'article 2 de la partie II de la Charte sociale européenne**

(...) Considérant, en premier lieu, que par l'article 2 de la partie II de la Charte sociale européenne révisée, faite à Strasbourg le 3 mai 1996, les États signataires s'engagent, « *en vue d'assurer l'exercice effectif du droit à des conditions de travail équitables* », « *1 à fixer une durée raisonnable au travail journalier et hebdomadaire, la semaine de travail devant être progressivement réduite pour autant que l'augmentation de la productivité et les autres facteurs entrant en jeu le permettent* » ; qu'aux termes de l'article I de la partie V de la même charte relatif à la « *mise en œuvre des engagements souscrits* » : « (...) *2 Les engagements découlant des paragraphes 1, 2, 3, 4, 5 et 7 de l'article 2, des paragraphes 4, 6 et 7 de l'article 7, des paragraphes 1, 2, 3 et 5 de l'article 10 et des articles 21 et 22 de la partie II de la présente Charte seront considérés comme remplis dès lors que ces dispositions seront appliquées, conformément au paragraphe 1 du présent article, à la grande majorité des travailleurs intéressés* » ; qu'eu égard notamment à la marge d'appréciation laissée aux États membres pour prendre les mesures



nécessaires à la mise en œuvre des stipulations du paragraphe 1 de l'article 2, ces stipulations ne créent pas de droits dont les particuliers pourraient directement se prévaloir ; que, par suite, l'union requérante ne peut utilement les invoquer pour contester la légalité des articles D. 432-3 et D. 432-4 du code de l'action sociale et des familles résultant du décret attaqué ; (...)

**CE, 8 juillet 2016, Fédération des promoteurs immobiliers, n° 389745, aux tables – libre prestation de services et objectifs de protection des travailleurs détachés et de lutte contre la fraude**

(...) 2. Considérant, d'une part, qu'aux termes de l'article L. 1262-1 du code du travail, pris pour la transposition de la directive du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services : « *Un employeur établi hors de France peut détacher temporairement des salariés sur le territoire national, à condition qu'il existe un contrat de travail entre cet employeur et le salarié et que leur relation de travail subsiste pendant la période de détachement. / Le détachement est réalisé : / 1° soit pour le compte de l'employeur et sous sa direction, dans le cadre d'un contrat conclu entre celui-ci et le destinataire de la prestation établi ou exerçant en France ; / 2° soit entre établissements d'une même entreprise ou entre entreprises d'un même groupe ; / 3° soit pour le compte de l'employeur sans qu'il existe un contrat entre celui-ci et un destinataire* » ; qu'aux termes de l'article L. 1262-2 du même code pris pour la transposition de la même directive : « *Une entreprise exerçant une activité de travail temporaire établie hors du territoire national peut détacher temporairement des salariés auprès d'une entreprise utilisatrice établie ou exerçant sur le territoire national, à condition qu'il existe un contrat de travail entre l'entreprise étrangère et le salarié et que leur relation de travail subsiste pendant la période de détachement* » ;

3. Considérant, d'autre part, qu'aux termes de l'article 56 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : « (...) *les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation (...)* » ; qu'aux termes de l'article 9, relatif aux « *exigences administratives et mesures de contrôle* », de la directive 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 : « 1. Les États membres ne peuvent imposer que les exigences administratives et les mesures de contrôle nécessaires aux fins du contrôle effectif du respect des obligations énoncées dans la présente directive et la directive 96/71/CE, pour autant que celles-ci soient justifiées et proportionnées, conformément au droit de l'Union. / À cet effet, les États membres peuvent notamment imposer les mesures suivantes : / a) l'obligation, pour un prestataire de services établi dans un autre État membre, de procéder à une simple déclaration auprès des autorités nationales compétentes, au plus tard au début de la prestation de services (...), contenant les informations nécessaires pour permettre des contrôles factuels sur le lieu de travail (...) / e) l'obligation de désigner une personne chargée d'assurer la liaison avec les autorités compétentes dans l'État membre d'accueil dans lequel les services sont fournis (...) / 2. Les États membres peuvent imposer d'autres exigences



administratives et mesures de contrôle au cas où surviendraient des circonstances ou des éléments nouveaux dont il ressortirait que les exigences administratives et mesures de contrôle qui existent ne sont pas suffisantes ou efficaces pour permettre le contrôle effectif du respect des obligations énoncées dans la directive 96/71/CE et la présente directive, pour autant qu'elles soient justifiées et proportionnées (...) » ; qu'aux termes de l'article 12 de la même directive, relatif à la responsabilité du sous-traitant : « 1. En vue de combattre les fraudes et les abus, les États membres peuvent (...) prendre des mesures complémentaires de façon non discriminatoire et proportionnée afin que, dans les chaînes de sous-traitance, le contractant dont l'employeur / le prestataire de service (...) est un sous-traitant direct puisse, en sus ou en lieu et place de l'employeur, être tenu responsable par le travailleur détaché pour ce qui concerne toute rémunération nette impayée correspondant au taux de salaire minimal et/ou à des cotisations à des fonds ou institutions gérés conjointement par les partenaires sociaux (...) / 4. Les États membres peuvent, dans le respect du droit de l'Union et de manière non discriminatoire et proportionnée, également prévoir des règles plus strictes en matière de responsabilité dans le droit national en ce qui concerne l'étendue et la portée de la responsabilité en cas de sous-traitance [ainsi que] dans des secteurs autres que ceux visés à l'annexe de la directive 96/71/CE (...) » ;

4. Considérant que la fédération requérante critique, au regard du droit de l'Union, les dispositions de l'article L. 1262-4-1, inséré dans le code du travail par la loi du 10 juillet 2014, et celles de l'article R. 1263-12 du même code, dans sa rédaction issue du décret attaqué pris pour son application, relatives à l'obligation pour le donneur d'ordre ou maître d'ouvrage qui contracte avec un prestataire de services procédant au détachement de salariés, dans les conditions mentionnées au point 2, de vérifier auprès de ce dernier qu'il s'est acquitté des obligations, prévues par la même loi à l'article L. 1262-2-1, d'adresser à l'administration une déclaration préalable au détachement et de désigner un représentant de l'entreprise sur le territoire national, chargé d'assurer pendant la durée de la prestation la liaison avec les agents de contrôle, en ce qu'elles prévoient que cette vérification doit intervenir, selon les termes de l'article L. 1262-4-1, « *avant le début du détachement* » et, selon ceux de l'article R. 1263-12, « *avant le début de chaque détachement d'un ou de plusieurs salariés* » ;

5. Considérant, en premier lieu, qu'il résulte de la jurisprudence de la CJUE que, si une réglementation nationale imposant aux destinataires d'une prestation de services effectuée par des travailleurs détachés par un employeur établi dans un autre État membre de contrôler, avant le début de la prestation, si l'employeur a lui-même satisfait à une obligation déclarative qui lui est imposée par la réglementation nationale constitue une restriction à la libre prestation des services prohibée en principe par l'article 56 du TFUE, les objectifs de protection des travailleurs détachés et de lutte contre la fraude sont au nombre des raisons impérieuses d'intérêt général susceptibles de la justifier, ainsi que l'admet d'ailleurs la fédération requérante, et que, constituant une mesure de contrôle nécessaire pour assurer le respect de ces raisons impérieuses d'intérêt général, une telle réglementation est propre à garantir la réalisation de ces objectifs ;



6. Considérant, en second lieu, que l'obligation de vérification est le corollaire de l'obligation déclarative qui incombe à l'employeur de travailleurs détachés, en vertu de l'article L. 1262-2-1 du code du travail ; qu'il résulte des termes mêmes de l'article L. 1262-4-1 du même code que cette obligation de vérification est impartie au seul donneur d'ordre ou maître d'ouvrage qui, lui-même, contracte avec un prestataire de services qui détache des salariés, dans les conditions définies au 1° de l'article L. 1262-1 ci-dessus mentionné ; qu'elle porte ainsi sur le seul détachement effectué au titre de l'exécution du contrat en cause ; qu'est sans incidence sur cette obligation la circonstance que le salarié ait pu alors déjà se trouver sur le territoire national dans le cadre d'un ou de plusieurs autres détachements et que son employeur ait dû, à ce titre, s'acquitter des obligations déclaratives qui lui incombent ; que la fédération requérante n'est, dès lors, pas fondée à soutenir que les obligations instituées par les articles L. 1262-4-1 et R. 1263-12 du code du travail constitueraient une mesure non proportionnée aux objectifs poursuivis ;

7. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le moyen tiré de ce que les dispositions des articles L. 1262-4-1 et R. 1263-12 du code du travail imposant que la vérification instituée soit opérée avant le début de chaque détachement méconnaîtraient l'article 56 du TFUE et la directive du 16 décembre 1996 et seraient de nature à compromettre sérieusement la réalisation des objectifs de la directive du 15 mai 2014 doit être écarté ; (...)

**C. cass., ch. soc., 1<sup>er</sup> juillet 2008, pourvoi n° 07-44.124, Bull. 2008, V, n° 146 – contrat nouvelles embauches et convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement**

(...) attendu, d'abord, qu'aux termes de l'article 4 de la Convention n° 158 de l'OIT, qui est d'application directe en droit interne, un travailleur ne peut être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à son aptitude ou à sa conduite ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service ; que selon l'article 7, le licenciement ne peut intervenir avant qu'on ait offert au travailleur la possibilité de se défendre contre les allégations formulées et que, selon l'article 9, le salarié ne doit pas avoir à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié ;

Qu'en déclarant non applicables les articles L. 122-4 à L. 122-11, L. 122-13 à L. 122-14-14 et L. 321-1 à L. 321-17 du code du travail, tels qu'alors en vigueur, au licenciement des salariés engagés par un contrat nouvelles embauches et survenant pendant les deux années suivant la conclusion de ce contrat, l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005 devenu l'article L. 1223-4 du code du travail abrogé par l'article 9 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, en ce qu'il écarte les dispositions générales relatives à la procédure préalable de licenciement, à l'exigence d'une cause réelle et sérieuse, à son énonciation et à son contrôle, et prive ainsi le salarié du droit de se défendre préalablement à son licenciement et fait exclusivement peser sur lui la charge de prouver le caractère abusif de la rupture, ne satisfait pas aux exigences de la convention internationale susvisée ;

Attendu, ensuite, que selon l'article 2 § 2 b, de la Convention n° 158 de l'OIT, un pays membre peut exclure du champ d'application de l'ensemble ou de certaines



des dispositions de ladite convention les travailleurs effectuant une période d'essai ou n'ayant pas la période d'ancienneté requise, à condition que la durée de celle-ci soit fixée d'avance et qu'elle soit raisonnable, ou, selon l'article 2 § 5, et pour autant qu'il soit nécessaire, d'autres catégories limitées de travailleurs salariés au sujet desquelles se posent des problèmes particuliers revêtant une certaine importance, eu égard aux conditions d'emploi particulières des travailleurs intéressés, à la taille de l'entreprise qui les emploie ou à sa nature ;

Que l'article 2 de l'ordonnance n° 2005-893 du 2 août 2005, devenu l'article L. 1223-4 du code du travail abrogé par l'article 9 de la loi n° 2008-596 du 25 juin 2008, qui ne vise pas une catégorie limitée de salariés pour lesquels se posent des problèmes particuliers revêtant une certaine importance eu égard à la taille de l'entreprise qui les emploie, ne distingue pas selon les fonctions pour lesquelles ils ont été engagés et ne limite pas, autrement que par un délai d'attente de trois mois, la possibilité de les engager de nouveau par un contrat de nature identique à celui précédemment rompu par le même employeur, ne peut être justifié par application des dispositions de la convention internationale susvisée ;

D'où il suit qu'après avoir jugé à bon droit que l'article 2 de l'ordonnance était contraire aux dispositions de la Convention n° 158 de l'OIT, ce dont il résulte que la rupture du contrat de travail de Mme de Wee restait soumise aux règles d'ordre public du code du travail, la cour d'appel, abstraction faite des motifs surabondants critiqués par les première, deuxième et sixième branches du moyen, a exactement décidé que le licenciement non motivé de la salariée était sans cause réelle et sérieuse ;

Que le moyen n'est pas fondé ; (...)

**C. cass., ch. soc., 26 mars 2013, pourvoi n° 11-25.580, Bull. 2013, V, n° 82 – durée du travail des gens de mer et convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement**

(...) sur le premier moyen :

Vu les articles 3 et 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980, ensemble les principes posés par la convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement adoptée à Genève le 22 juin 1982 et entrée en vigueur en France le 16 mars 1990 et la dérogation prévue en son article 2 § 2 b) ;

Attendu que, pour débouter M. Verrees de ses demandes relatives à la rupture de son contrat de travail, la cour d'appel énonce qu'il n'existait aucune disposition d'ordre public en droit français interdisant, au moment de la rupture du contrat de travail intervenue en 2006, une période d'essai d'un an, et qu'ainsi le salarié ne peut solliciter l'application d'aucune disposition impérative de la loi française pouvant sur ce point se substituer à la loi irlandaise à laquelle le contrat de travail était soumis ;

Qu'en statuant ainsi, après avoir constaté que, pendant l'intégralité de la durée de la relation contractuelle, le contrat de travail avait été exécuté en France, et alors que les dispositions de l'article 2 de la convention n° 158 de l'OIT constituent des



dispositions impératives et qu'est déraisonnable, au regard des exigences de ce texte, une période d'essai dont la durée, renouvellement inclus, atteint un an, la cour d'appel a violé les dispositions susvisées ; (...)

## 1.2. Jurisprudences de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE)

**CJUE, Gde ch., 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, aff. C-438/05 – liberté d'établissement et action collective.**

(...) Sur la première question

32 Par sa première question, la juridiction de renvoi demande en substance si l'article 43 CE doit être interprété en ce sens qu'est soustraite à son champ d'application 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.

33 À cet égard, il convient de rappeler qu'il est de jurisprudence constante que les articles 39 CE, 43 CE et 49 CE ne régissent pas seulement l'action des autorités publiques, mais s'étendent également aux réglementations d'une autre nature qui visent à régler, de façon collective, le travail salarié, le travail indépendant et les prestations de services (voir arrêts du 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, 36/74, Rec. p. 1405, point 17 ; du 14 juillet 1976, *Donà*, 13/76, Rec. p. 1333, point 17 ; *Bosman*, précité, point 82 ; du 11 avril 2000, *Deliège*, C-51/96 et C-191/97, Rec. p. I-2549, point 47 ; du 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98, Rec. p. I-4139, point 31, ainsi que du 19 février 2002, *Wouters e.a.*, C-309/99, Rec. p. I-1577, point 120).

34 Les conditions de travail dans les différents États membres étant régies tantôt par la voie de dispositions d'ordre législatif ou réglementaire, tantôt par des conventions collectives et d'autres actes conclus ou adoptés par des personnes privées, une limitation des interdictions prévues par lesdits articles aux actes de l'autorité publique risquerait de créer des inégalités quant à leur application (voir, par analogie, arrêts précités *Walrave et Koch*, point 19 ; *Bosman*, point 84 ; et *Angonese*, point 33).

35 En l'espèce, il convient de constater, d'une part, que l'organisation d'actions collectives par les syndicats de travailleurs doit être considérée comme relevant de l'autonomie juridique dont ces organismes, qui ne constituent pas des entités de droit public, disposent au titre de la liberté syndicale qui leur est reconnue, notamment, par le droit national.

36 D'autre part, ainsi que FSU et ITF le font valoir, des actions collectives telles que celles en cause au principal, qui peuvent constituer l'ultime recours des organisations syndicales pour faire aboutir leur revendication visant à régler de façon collective le travail des salariés de Viking, doivent être considérées comme étant inextricablement liées à la convention collective dont FSU poursuit la conclusion.



37 Il s'ensuit que des actions collectives telles que celle visée par la première question posée par la juridiction de renvoi relèvent, en principe, du champ d'application de l'article 43 CE.

38 Cette conclusion n'est pas remise en cause par les différents arguments invoqués par FSU, ITF et certains des États membres ayant soumis des observations à la Cour à l'appui de la thèse contraire à celle énoncée au point précédent.

39 Tout d'abord, le gouvernement danois fait valoir que le droit d'association, le droit de grève et le droit de « *lock-out* » échappent au domaine de la liberté fondamentale énoncée à l'article 43 CE puisque, conformément à l'article 137, paragraphe 5, CE, tel que modifié par le traité de Nice, la Communauté n'est pas compétente pour réglementer ces droits.

40 À cet égard, il suffit de rappeler que, s'il est vrai que, dans les domaines ne relevant pas de la compétence de la Communauté, les États membres restent, en principe, libres de fixer les conditions d'existence des droits en cause et les modalités d'exercice de ces droits, il n'en demeure pas moins que, dans l'exercice de cette compétence, lesdits États sont néanmoins tenus de respecter le droit communautaire (voir par analogie, en ce qui concerne le domaine de la sécurité sociale, arrêts du 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95, Rec. p. I-1831, points 22 et 23, ainsi que *Kohll*, C-158/96, Rec. p. I-1931, points 18 et 19 ; en ce qui concerne la fiscalité directe, arrêts du 4 mars 2004, *Commission c. France*, C-334/02, Rec. p. I-2229, point 21, et du 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, Rec. p. I-10837, point 29).

41 Par conséquent, la circonstance que l'article 137 CE ne s'applique ni au droit de grève ni au droit de *lock-out* n'est pas de nature à soustraire une action collective telle que celle en cause au principal à l'application de l'article 43 CE.

42 Ensuite, selon les observations des gouvernements danois et suédois, le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, constituerait un droit fondamental qui serait, en tant que tel, soustrait au champ d'application de l'article 43 CE.

43 À cet égard, il convient de relever que le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, est reconnu tant par différents instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, tels que la charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961, d'ailleurs expressément mentionnée à l'article 136 CE, et la convention n° 87 concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, adoptée le 9 juillet 1948 par l'OIT, que par des instruments élaborés par lesdits États membres au niveau communautaire ou dans le cadre de l'Union, tels que la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée lors de la réunion du Conseil européen tenue à Strasbourg le 9 décembre 1989, également mentionnée à l'article 136 CE, et la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JO C 364, p. 1).



44 Si le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, doit donc être reconnu en tant que droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire dont la Cour assure le respect, il n'en demeure pas moins que son exercice peut être soumis à certaines restrictions. En effet, ainsi que le réaffirme l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, lesdits droits sont protégés conformément au droit communautaire et aux législations et pratiques nationales. Par ailleurs, ainsi qu'il ressort du point 5 du présent arrêt, selon le droit finlandais, le droit de grève ne peut être exercé, notamment, lorsque la grève serait contraire aux bonnes mœurs ou interdite par le droit national ou communautaire.

45 À cet égard, la Cour a déjà jugé que la protection des droits fondamentaux constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d'une liberté fondamentale garantie par le traité, telle que la libre circulation des marchandises (voir arrêt du 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Rec. p. I-5659, point 74) ou la libre prestation des services (voir arrêt du 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02, Rec. p. I-9609, point 35).

46 Cependant, dans les arrêts précités *Schmidberger* et *Omega*, la Cour a jugé que l'exercice des droits fondamentaux en cause, à savoir respectivement les libertés d'expression et de réunion ainsi que le respect de la dignité humaine, n'échappe pas au champ d'application des dispositions du traité et elle a considéré que cet exercice doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et conforme au principe de proportionnalité (voir, en ce sens, arrêts précités *Schmidberger*, point 77, et *Omega*, point 36).

47 Il découle de ce qui précède que le caractère fondamental s'attachant au droit de mener une action collective n'est pas de nature à faire échapper les actions collectives en cause au principal au champ d'application de l'article 43 CE

48 Enfin, FSU et ITF soutiennent que le raisonnement adopté par la Cour dans son arrêt *Albany*, précité, doit être appliqué par analogie dans l'affaire au principal, puisque certaines restrictions à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services sont inhérentes aux actions collectives menées dans le cadre d'une négociation collective.

49 À cet égard, il convient de rappeler que, au point 59 de l'arrêt *Albany*, précité, la Cour, après avoir constaté que certains effets restrictifs de la concurrence sont inhérents aux accords collectifs conclus entre des organisations représentatives des employeurs et des travailleurs, a cependant jugé que les objectifs de politique sociale poursuivis par de tels accords seraient sérieusement compromis si les partenaires sociaux étaient soumis à l'article 85, paragraphe 1, du traité CE (devenu article 81, paragraphe 1, CE) dans la recherche en commun de mesures destinées à améliorer les conditions d'emploi et de travail.



50 La Cour en a déduit, au point 60 de l'arrêt *Albany*, précité, que des accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux en vue de tels objectifs doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article 85, paragraphe 1, du traité.

51 Force est toutefois de constater que ce raisonnement ne saurait être transposé aux libertés fondamentales énoncées au titre III dudit traité.

52 En effet, contrairement à ce que font valoir FSU et ITF, il ne peut être considéré qu'il serait inhérent à l'exercice même de la liberté syndicale et du droit de mener une action collective de porter une certaine atteinte auxdites libertés fondamentales.

53 Par ailleurs, il convient de souligner que la circonstance qu'un accord ou une activité sont soustraits au champ d'application des dispositions du traité relatives à la concurrence n'a pas pour conséquence que cet accord ou cette activité sont également exclus du champ d'application des dispositions du même traité relatives à la libre circulation des personnes ou des services, dès lors que lesdites dispositions répondent les unes et les autres à des conditions d'application propres (voir, en ce sens, arrêt du 18 juillet 2006, *Meca-Medina et Majcen c. Commission*, C-519/04 P, Rec. p. I-6991).

54 Enfin, il y a lieu de rappeler que la Cour a déjà jugé que les clauses de conventions collectives ne sont pas soustraites au champ d'application des dispositions du traité relatives à la libre circulation des personnes (arrêts du 15 janvier 1998, *Schöningh-Kougebetopoulou*, C-15/96, Rec. p. I-47; du 24 septembre 1998, *Commission c. France*, C-35/97, Rec. p. I-5325, et du 16 septembre 2004, *Merida*, C-400/02, Rec. p. I-8471).

55 Au vu de ce qui précède, il y a lieu de répondre à la première question 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. (...)

**CJCE, Gde ch., 18 décembre 2007, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, aff. C-341/05 – libre prestation de services et action collective.**

(..) Sur l'appréciation de l'action collective en cause au principal au regard de l'article 49 CE

86 S'agissant de la mise en œuvre des moyens de pression dont les organisations syndicales disposent afin d'imposer l'adhésion à une convention collective ainsi qu'une négociation salariale, les défenderesses au principal ainsi que les gouvernements danois et suédois font valoir que le droit de déclencher des actions collectives dans le cadre de la négociation avec un employeur échappe au champ d'application de l'article 49 CE, puisque, conformément à l'article 137,



paragraphe 5, CE, tel que modifié par le traité de Nice, la Communauté n'est pas compétente pour régler ce droit.

87 À cet égard, il suffit de rappeler que, s'il est vrai que, dans les domaines ne relevant pas de la compétence de la Communauté, les États membres restent, en principe, libres de fixer les conditions d'existence des droits en cause et les modalités d'exercice de ces droits, il n'en demeure pas moins que, dans l'exercice de cette compétence, lesdits États sont néanmoins tenus de respecter le droit communautaire (voir, par analogie, en ce qui concerne le domaine de la sécurité sociale, arrêts du 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95, Rec. p. I-1831, points 22 et 23, ainsi que *Kohll*, C-158/96, Rec. p. I-1931, points 18 et 19; en ce qui concerne la fiscalité directe, arrêts du 4 mars 2004, *Commission c. France*, C-334/02, Rec. p. I-2229, point 21, et du 13 décembre 2005, *Marks & Spencer*, C-446/03, Rec. p. I-10837, point 29).

88 Partant, la circonstance que l'article 137 CE ne s'applique ni au droit de grève ni au droit de « *lock-out* » n'est pas de nature à soustraire une action collective telle que celle en cause au principal au domaine de la libre prestation des services.

89 Selon les observations des gouvernements danois et suédois, le droit de mener une action collective constituerait un droit fondamental qui serait, en tant que tel, soustrait au champ d'application de l'article 49 CE ainsi qu'à celui de la directive 96/71.

90 À cet égard, il convient de relever que le droit de mener une action collective est reconnu tant par différents instruments internationaux auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, tels que la charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961, d'ailleurs expressément mentionnée à l'article 136 CE, et la convention n° 87 de l'OIT, du 9 juillet 1948, concernant la liberté syndicale et la protection du droit syndical, que par des instruments élaborés par lesdits États membres au niveau communautaire ou dans le cadre de l'Union européenne, tels que la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs adoptée lors de la réunion du Conseil européen tenue à Strasbourg le 9 décembre 1989, également mentionnée à l'article 136 CE, et la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, proclamée le 7 décembre 2000 à Nice (JO C 364, p. 1).

91 Si 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, il n'en demeure pas moins que son exercice peut être soumis à certaines restrictions. En effet, ainsi que le réaffirme l'article 28 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, il est protégé conformément au droit communautaire ainsi qu'aux législations et pratiques nationales.

92 S'il est vrai que, ainsi que le rappelle le gouvernement suédois, le droit de mener des actions collectives jouit en Suède, comme dans d'autres États membres, d'une protection constitutionnelle, il n'en demeure pas moins que, ainsi qu'il ressort du point 10 du présent arrêt, selon la Constitution suédoise, ce droit, qui inclut, dans



cet État membre, le blocus de chantiers, peut être exercé sauf si des dispositions prévues par une loi ou par une convention s’y opposent.

93 À cet égard, la Cour a déjà jugé que la protection des droits fondamentaux constitue un intérêt légitime de nature à justifier, en principe, une restriction aux obligations imposées par le droit communautaire, même en vertu d’une liberté fondamentale garantie par le traité, telle que la libre circulation des marchandises (voir arrêt du 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Rec. p. I-5659, point 74) ou la libre prestation des services (voir arrêt du 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02, Rec. p. I-9609, point 35).

94 Comme la Cour l’a jugé dans les arrêts précités *Schmidberger* et *Omega*, l’exercice des droits fondamentaux en cause, à savoir respectivement les libertés d’expression et de réunion ainsi que le respect de la dignité humaine, n’échappe pas au champ d’application des dispositions du traité. Cet exercice doit être concilié avec les exigences relatives aux droits protégés par ledit traité et être conforme au principe de proportionnalité (voir, en ce sens, arrêts précités *Schmidberger*, point 77, et *Omega*, point 36).

95 Il découle de ce qui précède que le caractère fondamental s’attachant au droit de mener une action collective n’est pas de nature à faire échapper une telle action, menée à l’encontre d’une entreprise établie dans un autre État membre qui détache des travailleurs dans le cadre d’une prestation de services transnationale, au champ d’application du droit communautaire.

96 Il convient dès lors d’examiner si le fait que des organisations syndicales d’un État membre puissent mener une action collective dans les conditions susmentionnées, constitue une restriction à la libre prestation des services et, dans l’affirmative, si elle est susceptible de faire l’objet d’une justification.

97 À cet égard, il y a lieu de rappeler que, dans la mesure où il vise à l’élimination des restrictions à la libre prestation des services résultant de la circonstance que le prestataire est établi dans un État membre autre que celui où la prestation doit être fournie, l’article 49 CE est devenu d’application directe dans les ordres juridiques des États membres à l’expiration de la période de transition et confère aux particuliers des droits qu’ils peuvent faire valoir en justice et que les juridictions nationales doivent sauvegarder (voir, notamment, arrêts du 3 décembre 1974, *van Binsbergen*, 33/74, Rec. p. 1299, point 26 ; du 14 juillet 1976, *Donà*, 13/76, Rec. p. 1333, point 20 ; du 4 décembre 1986, *Commission c. Irlande*, 206/84, Rec. p. 3817, point 16 ; et du 11 janvier 2007, *ITC*, C-208/05, Rec. p. I-181, point 67).

98 Il convient de rappeler, également, que le respect de l’article 49 CE s’impose aussi aux réglementations de nature non publique qui visent à régler, de façon collective, les prestations de services. En effet, l’abolition entre les États membres des obstacles à la libre prestation des services serait compromise si l’abolition des barrières d’origine étatique pouvait être neutralisée par des obstacles résultant de l’exercice de leur autonomie juridique par des associations ou des organismes ne relevant pas du droit public (voir arrêts du 12 décembre 1974, *Walrave et Koch*, 36/74, Rec. p. 1405, points 17 et 18; du 15 décembre 1995, *Bosman*, C-415/93,



Rec. p. I-4921, points 83 et 84, ainsi que du 19 février 2002, *Wouters e.a.*, C-309/99, Rec. p. I-1577, point 120).

99 Dans l'affaire au principal, force est de constater que le droit des organisations syndicales d'un État membre de mener des actions collectives, par lesquelles les entreprises établies dans d'autres États membres peuvent se voir contraintes d'adhérer à la convention collective du bâtiment dont certaines clauses s'écartent des dispositions législatives en établissant des conditions de travail et d'emploi plus favorables en ce qui concerne les matières visées à l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, sous a) à g), de la directive 96/71 et d'autres portent sur des matières non visées par ladite disposition, est susceptible de rendre moins attrayant, voire plus difficile, pour ces entreprises l'exécution de travaux de construction sur le territoire suédois et constitue, de ce fait, une restriction à la libre prestation des services au sens de l'article 49 CE.

100 Il en va *a fortiori* de même de la circonstance que, afin d'avoir connaissance des taux de salaire minimal devant être versés à leurs travailleurs détachés, lesdites entreprises peuvent se voir contraintes, au moyen d'actions collectives, à une négociation d'une durée indéterminée avec les organisations syndicales sur le lieu d'exécution de la prestation de services.

101 Il ressort de la jurisprudence de la Cour que, la libre prestation des services constituant l'un des principes fondamentaux de la Communauté (voir, notamment, arrêts du 4 décembre 1986, *Commission c. France*, 220/83, Rec. p. 3663, point 17, et *Commission c. Danemark*, 252/83, Rec. p. 3713, point 17), une restriction à cette liberté ne saurait être admise que si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le traité et se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général, pour autant, en pareil cas, qu'elle soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et qu'elle n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre (voir notamment arrêts du 5 juin 1997, *SETTG*, C-398/95, Rec. p. I-3091, point 21; du 30 mars 2006, *Servizi Ausiliari Dottori Commercialisti*, C-451/03, Rec. p. I-2941, point 37, et du 5 décembre 2006, *Cipolla e.a.*, C-94/04 et C-202/04, Rec. p. I-11421, point 61).

102 Les organisations syndicales défenderesses au principal ainsi que le gouvernement suédois font valoir que les restrictions en cause sont justifiées dès lors qu'elles sont nécessaires pour garantir la protection d'un droit fondamental reconnu par le droit communautaire et qu'elles ont pour objectif la protection des travailleurs, laquelle constituerait une raison impérieuse d'intérêt général.

103 À cet égard, il y a lieu de relever que le droit de mener une action collective ayant pour but la protection des travailleurs de l'État d'accueil contre une éventuelle pratique de « dumping social » peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général, au sens de la jurisprudence de la Cour, de nature à justifier, en principe, une restriction à l'une des libertés fondamentales garanties par le traité (voir en ce sens arrêts *Arblade e.a.*, précité, point 36 ; du 15 mars 2001, *Mazzoleni et ISA*, C-165/98, Rec. p. I-2189, point 27 ; du 25 octobre 2001, *Finalarte e.a.*, C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, Rec. p. I-7831, point 33 ;



et du 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union*, C-438/05, point 77).

104 Il convient d'ajouter que, aux termes de l'article 3, paragraphe 1, sous c) et j), CE, l'action de la Communauté comporte non seulement un « *marché intérieur caractérisé par l'abolition, entre États membres, des obstacles à la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux* », mais également « *une politique dans le domaine social* ». L'article 2 CE énonce, en effet, que la Communauté a pour mission, notamment, de promouvoir « *un développement harmonieux, équilibré et durable des activités économiques* » et « *un niveau d'emploi et de protection sociale élevé* ».

105 La Communauté ayant dès lors non seulement une finalité économique mais également une finalité sociale, les droits résultant des dispositions du traité relatives à libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux doivent être mis en balance avec les objectifs poursuivis par la politique sociale, parmi lesquels figurent, ainsi qu'il ressort de l'article 136 CE, notamment, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate et le dialogue social.

106 Dans l'affaire au principal, *Byggnads et Byggettan* font valoir que le but poursuivi par le blocus entamé à l'encontre de Laval était la protection des travailleurs.

107 À cet égard, il y a lieu de relever que, en principe, un blocus engagé par une organisation syndicale de l'État membre d'accueil visant à garantir, aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services transnationale, des conditions de travail et d'emploi fixées à un certain niveau relève de l'objectif de protection des travailleurs.

108 Toutefois, il y a lieu de considérer que, en ce qui concerne les obligations spécifiques liées à l'adhésion à la convention collective du bâtiment, que les organisations syndicales cherchent à imposer aux entreprises établies dans d'autres États membres par une action collective telle que celle en cause au principal, l'entrave que cette dernière comporte ne saurait être justifiée au regard d'un tel objectif. En effet, outre ce qui ressort des points 81 et 83 du présent arrêt, s'agissant des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services transnationale, l'employeur de ces derniers est, par l'effet de la coordination réalisée par la directive 96/71, tenu d'observer un noyau de règles impératives de protection minimale dans l'État membre d'accueil.

109 Enfin, en ce qui concerne la négociation salariale que les organisations syndicales prétendent imposer, par une action collective telle que celle en cause au principal, aux entreprises établies dans un autre État membre et détachant temporairement des travailleurs sur le territoire de l'État membre d'accueil, il convient de souligner que, certes, le droit communautaire n'interdit pas aux États membres d'imposer à de telles entreprises le respect de leurs règles en matière de salaire minimal par les moyens appropriés (voir arrêts précités *Seco et Desquenne & Giral*, point 14; *Rush Portuguesa*, point 18, ainsi que *Arblade e.a.*, point 41).



110 Toutefois, des actions collectives telles que celles en cause au principal ne sauraient être justifiées au regard de l'objectif d'intérêt général mentionné au point 102 du présent arrêt, lorsque la négociation salariale qu'elles visent à imposer à une entreprise établie dans un autre État membre s'inscrit dans un contexte national marqué par l'absence de dispositions, de quelque nature que ce soit, qui soient suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par une telle entreprise, des obligations qu'elle devrait respecter en termes de salaire minimal (voir en ce sens l'arrêt *Arblade e.a.*, précité, point 43).

111 Au vu de ce qui précède, il convient de répondre à la première question que les articles 49 CE et 3 de la directive 96/71 doivent être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à ce que, dans un État membre dans lequel les conditions de travail et d'emploi concernant les matières visées à l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, sous a) à g), de cette directive figurent dans des dispositions législatives, à l'exception des taux de salaire minimal, une organisation syndicale puisse tenter de contraindre, par une action collective prenant la forme d'un blocus de chantiers telle que celle en cause au principal, un prestataire de services établi dans un autre État membre à entamer avec elle une négociation sur les taux de salaire devant être versés aux travailleurs détachés ainsi qu'à adhérer à une convention collective dont des clauses établissent, pour certaines desdites matières, des conditions plus favorables que celles découlant des dispositions législatives pertinentes, tandis que d'autres clauses portent sur des matières non visées à l'article 3 de ladite directive. (...)

**CJUE, 19 juin 2008, *Commission c. Grand-Duché de Luxembourg*, aff. C-319/06, directive relative au détachement et droit social national.**

(...) Sur le premier grief, tiré d'une transposition incorrecte de l'article 3, paragraphes 1 et 10, de la directive 96/71

### **Argumentation des parties**

15 Par son premier grief, la Commission fait valoir que le Grand-Duché de Luxembourg a transposé de manière incorrecte l'article 3, paragraphes 1 et 10, de la directive 96/71.

16 La Commission considère, plus particulièrement, que, en qualifiant à tort les dispositions nationales ayant trait aux domaines visés par les prescriptions litigieuses de dispositions de police relevant de l'ordre public national, et donc en imposant le respect de celles-ci par les entreprises qui détachent des travailleurs sur son territoire, le Grand-Duché de Luxembourg met à la charge de ces entreprises des obligations qui vont au-delà de ce que prévoit la directive 96/71. Selon cette institution, la notion d'ordre public figurant à l'article 3, paragraphe 10, de cette directive ne saurait être déterminée unilatéralement par chaque État membre, ce dernier n'étant pas libre d'imposer unilatéralement toutes les dispositions obligatoires de son droit du travail aux prestataires de services établis dans un autre État membre.



17 Premièrement, constituerait une telle obligation celle prévue à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 1, de la loi du 20 décembre 2002 de ne détacher que le personnel lié à l'entreprise par un contrat de travail écrit ou un autre document réputé analogue aux termes de la directive 91/533.

18 À cet égard, la Commission rappelle que, en tout état de cause, le contrôle du respect des dispositions de la directive 91/533 incombe aux autorités de l'État membre d'établissement de l'entreprise concernée ayant transposé cette directive et non, dans le cas d'un détachement, à l'État membre d'accueil.

19 Deuxièmement, s'agissant de l'adaptation automatique de la rémunération à l'évolution du coût de la vie, prévue à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 2, de la loi du 20 décembre 2002, la Commission soutient que la législation luxembourgeoise est en contradiction avec la directive 96/71 qui ne prévoit une réglementation par l'État membre d'accueil des taux de salaire qu'en ce qui concerne les salaires minimaux.

20 Troisièmement, s'agissant du respect de la réglementation du travail à temps partiel et à durée déterminée prévue à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 8, de la loi du 20 décembre 2002, la Commission fait valoir que, en vertu de la directive 96/71, il n'appartient pas à l'État membre d'accueil d'imposer sa réglementation en matière de travail à temps partiel et à durée déterminée aux entreprises qui détachent des travailleurs sur son territoire.

21 Quatrièmement, s'agissant de l'obligation de respecter des conventions collectives de travail, prévue à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 11, de la loi du 20 décembre 2002, la Commission fait valoir que ne sauraient constituer des dispositions de police relevant de l'ordre public national des actes relevant d'une catégorie d'actes en tant que telle, indépendamment de leur contenu matériel.

22 Le Grand-Duché de Luxembourg fait valoir que les prescriptions visées par le premier grief de la Commission se rapportent toutes à des dispositions de police relevant de l'ordre public national au sens de l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive 96/71. À cet égard, il soutient, d'une part, que la déclaration n° 10 ne saurait avoir une quelconque valeur juridique contraignante et, d'autre part, que la notion de dispositions d'ordre public comprend toutes les dispositions répondant, de l'avis de l'État d'accueil, à des exigences impératives de l'intérêt public. En outre, le Grand-Duché de Luxembourg se réfère à la procédure législative ayant abouti à l'adoption de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur (JO L 376, p. 36).

### **Appréciation de la Cour**

#### *– Observations préliminaires*

23 À titre liminaire, pour répondre à l'argument principal présenté en défense par le Grand-Duché de Luxembourg, il y a lieu de souligner que, selon son article 3, paragraphe 1, sous a), la directive 2006/123 n'a pas vocation à remplacer la



directive 96/71, cette dernière prévalant, en cas de conflit, sur la première. Partant, cet État membre ne saurait se fonder sur la procédure législative ayant abouti à l'adoption de la directive 2006/123 pour soutenir l'interprétation d'une disposition de la directive 96/71 qu'il défend.

24 Il résulte du treizième considérant de la directive 96/71 que les législations des États membres doivent être coordonnées de manière à prévoir un noyau de règles impératives de protection minimale que doivent observer, dans l'État d'accueil, les employeurs qui détachent des travailleurs (voir arrêt du 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, non encore publié au Recueil, point 59).

25 Ainsi, l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de cette directive prévoit que les États membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises établies dans un autre État membre, qui détachent des travailleurs sur leur propre territoire dans le cadre d'une prestation de services transnationale, garantissent aux travailleurs détachés les conditions de travail et d'emploi, concernant les matières visées par le même article, qui sont fixées dans l'État membre sur le territoire duquel le travail est exécuté (arrêt du 18 juillet 2007, *Commission c. Allemagne*, C-490/04, Rec. p. I-6095, point 18).

26 Pour ce faire, cette disposition énonce limitativement les matières dans lesquelles les États membres peuvent faire prévaloir les règles en vigueur dans l'État membre d'accueil.

27 L'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive 96/71 reconnaît néanmoins aux États membres la possibilité, dans le respect du traité CE, d'imposer de manière non discriminatoire, aux entreprises qui détachent des travailleurs sur leur territoire, des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées au paragraphe 1, premier alinéa, de cet article, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public.

28 Ainsi qu'il résulte de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la loi du 20 décembre 2002, qui énonce que constituent des dispositions de police relevant de l'ordre public national les dispositions visées aux points 1 à 14 de ce paragraphe, le Grand-Duché de Luxembourg a entendu se prévaloir de l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de ladite directive.

29 À cet égard, il convient de rappeler que la qualification de dispositions nationales de lois de police et de sûreté par un État membre vise les dispositions dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci (arrêt du 23 novembre 1999, *Arblade e.a.*, C-369/96 et C-376/96, Rec. p. I-8453, point 30).

30 Dès lors, contrairement à ce que soutient le Grand-Duché de Luxembourg, l'exception d'ordre public constitue une dérogation au principe fondamental de la libre prestation des services, devant être entendue strictement et dont la portée ne saurait être déterminée unilatéralement par les États membres (voir, s'agissant de



la libre circulation des personnes, arrêt du 31 janvier 2006, *Commission c. Espagne*, C-503/03, Rec. p. I-1097, point 45).

31 Dans le contexte de la directive 96/71, l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de celle-ci constitue une dérogation au principe selon lequel les matières dans lesquelles l'État membre d'accueil peut imposer sa législation aux entreprises qui détachent des travailleurs sur son territoire sont limitativement énoncées à l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de cette directive. Cette première disposition doit, par conséquent, faire l'objet d'une interprétation stricte.

32 Au demeurant, la déclaration n° 10, au sujet de laquelle Mme l'avocat général a, à juste titre, relevé au point 45 de ses conclusions qu'elle est susceptible d'être invoquée à l'appui d'une interprétation de l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive 96/71, énonce que les mots « *dispositions d'ordre public* » devraient être considérés comme couvrant celles des dispositions obligatoires à l'égard desquelles il ne peut être dérogé et qui, par leur nature et leur objectif, répondent aux exigences impératives de l'intérêt public.

33 En tout état de cause, cette disposition de la directive 96/71 prévoit qu'une invocation de la possibilité qu'elle énonce n'exonère pas les États membres de respecter les obligations qui leur incombent en vertu du traité, et en particulier celles relatives à la libre prestation des services, dont la promotion est soulignée au cinquième considérant de cette directive.

34 C'est au regard de ces considérations qu'il convient d'examiner les prescriptions de l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la loi du 20 décembre 2002, dont la Commission conteste la qualification de dispositions de police relevant de l'ordre public national.

– *En ce qui concerne la prescription relative au contrat écrit ou au document établi en vertu de la directive 91/533, prévue à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 1, de la loi du 20 décembre 2002*

35 À titre liminaire, il y a lieu de souligner que cette prescription relève d'une matière qui n'est pas mentionnée sur la liste figurant à l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 96/71.

36 Le Grand-Duché de Luxembourg fait valoir, d'une part, que la prescription contestée n'est qu'un rappel de la condition visée aux articles 2 et 3 de la directive 91/533 et, d'autre part, qu'elle relève de l'ordre public en tant qu'elle a pour objectif la protection des travailleurs.

37 Ainsi que le souligne le deuxième considérant de la directive 91/533, la nécessité de soumettre les relations de travail à des exigences de forme est primordiale en vue de mieux protéger les travailleurs salariés contre une éventuelle méconnaissance de leurs droits et d'offrir une plus grande transparence sur le marché du travail.

38 Toutefois, il résulte également de l'article 9, paragraphe 1, de ladite directive que les États membres adoptent les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à cette même directive.



39 Par conséquent, tous les employeurs, y compris ceux procédant à un détachement de travailleurs, ainsi que le prévoit l'article 4, paragraphe 1, de la directive 91/533, sont soumis, en vertu de la législation de l'État membre dans lequel ils sont établis, aux obligations prévues par cette directive.

40 Force est donc de constater que le respect de l'exigence prévue à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 1, de la loi du 20 décembre 2002 est garanti par l'État membre dont sont originaires les travailleurs détachés.

41 Dès lors, la disposition contestée a pour effet de soumettre les entreprises qui détachent des travailleurs au Luxembourg à une obligation à laquelle elles sont déjà soumises dans l'État membre dans lequel elles sont établies. Au demeurant, l'objectif de la directive 96/71, consistant à garantir le respect d'un noyau minimal de règles de protection des travailleurs, rend d'autant plus superflue l'existence d'une telle obligation supplémentaire qui, eu égard aux procédures qu'elle implique, est susceptible de dissuader les entreprises établies dans un autre État membre d'exercer leur liberté de prestation des services.

42 Or, s'il est de jurisprudence constante que 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, quel que soit l'État membre d'établissement de l'employeur, il n'en demeure pas moins qu'une telle faculté est subordonnée à la condition que les travailleurs concernés, qui exécutent temporairement des travaux dans l'État membre d'accueil, ne jouissent pas déjà de la même protection, ou d'une protection essentiellement comparable, en vertu des obligations auxquelles leur employeur est déjà soumis dans l'État membre dans lequel il est établi (voir, en sens, arrêt du 21 octobre 2004, *Commission c Luxembourg*, C-445/03, Rec. p. I-10191, point 29 et jurisprudence citée).

43 En particulier, il a déjà été jugé que la libre prestation des services, en tant que principe fondamental du traité, ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général et s'appliquant à toute personne ou entreprise exerçant une activité sur le territoire de l'État membre d'accueil, dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi (voir arrêts *Arblade e.a.*, précité, point 34 ; ainsi que du 25 octobre 2001, *Finalarte e.a.*, C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, Rec. p. I-7831, point 31).

44 Tel étant le cas s'agissant de la protection des travailleurs garantie par la directive 91/533 et invoquée par le Grand-Duché de Luxembourg, il convient de constater que l'exigence prévue à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 1, de la loi du 20 décembre 2002 n'est pas conforme à l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive 96/71, dans la mesure où elle n'est pas imposée dans le respect du traité.

– *En ce qui concerne la prescription relative à l'adaptation automatique de la rémunération à l'évolution du coût de la vie prévue à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 2, de la loi du 20 décembre 2002*



45 Il ressort du recours introduit par la Commission que cette dernière conteste non pas le fait que les salaires minimaux sont indexés sur le coût de la vie, une telle prescription relevant incontestablement, ainsi que le fait remarquer le Grand-Duché de Luxembourg, de l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, sous c), de la directive 96/71, mais la circonstance que cette indexation concerne l'ensemble des rémunérations, y compris les salaires qui ne relèvent pas de la catégorie des salaires minimaux.

46 Le Grand-Duché de Luxembourg fait toutefois valoir que cette disposition de la directive 96/71 permettrait implicitement à l'État membre d'accueil d'imposer son système de fixation de l'ensemble des salaires aux entreprises effectuant un détachement sur son territoire.

47 À cet égard, il convient de souligner que le législateur communautaire a, au travers de l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, sous c), de la directive 96/71, entendu limiter la faculté d'intervention des États membres, en ce qui concerne les salaires, aux taux de salaire minimal. Il en résulte que la prescription de la loi du 20 décembre 2002 relative à l'adaptation automatique des salaires, autres que les salaires minimaux, à l'évolution du coût de la vie ne relève pas des matières visées à l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 96/71.

48 Le Grand-Duché de Luxembourg soutient, néanmoins, que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 2, de la loi du 20 décembre 2002 vise à garantir la paix sociale au Luxembourg et que, à ce titre, il constitue un impératif d'ordre public, au sens de l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive 96/71, en protégeant les travailleurs contre les effets de l'inflation.

49 À cet égard, il convient de rappeler que cette disposition de la directive 96/71 ouvre la possibilité à l'État membre d'accueil d'imposer aux entreprises effectuant un détachement sur son territoire des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées à l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 96/71, sous réserve qu'il s'agisse de dispositions d'ordre public. Dès lors, cette réserve, prévue à l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive 96/71, constitue une exception au système mis en place par cette directive ainsi qu'une dérogation au principe fondamental de la libre prestation des services sur lequel se fonde ladite directive et doit faire l'objet d'une interprétation stricte.

50 Ainsi, la Cour a déjà eu l'occasion de préciser que, si les États membres restent, pour l'essentiel, libres de déterminer, conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public, cependant, dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation au principe fondamental de la libre prestation des services, cette notion doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté européenne (voir, en ce sens, arrêt du 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02, Rec. p. I-9609, point 30). Il en découle que l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société (voir arrêt du 14 mars 2000, *Église de scientologie*, C-54/99, Rec. p. I-1335, point 17).



51 Il importe de rappeler que les raisons susceptibles d'être invoquées par un État membre afin de justifier une dérogation au principe de la libre prestation des services doivent être accompagnées d'une analyse de l'opportunité et de la proportionnalité de la mesure restrictive adoptée par cet État, ainsi que des éléments précis permettant d'étayer son argumentation (voir en ce sens l'arrêt du 7 juin 2007, *Commission c. Belgique*, C-254/05, Rec. p. I-4269, point 36 et jurisprudence citée).

52 Dès lors, afin de permettre à la Cour d'apprécier si les mesures en cause sont nécessaires et proportionnées par rapport à l'objectif de sauvegarde de l'ordre public, le Grand-Duché de Luxembourg aurait dû présenter des éléments permettant d'établir si et dans quelle mesure l'application aux travailleurs détachés au Luxembourg de la prescription relative à l'adaptation automatique des salaires à l'évolution du coût de la vie est susceptible de contribuer à la réalisation de cet objectif.

53 En l'occurrence, force est toutefois de constater que le Grand-Duché de Luxembourg s'est borné à invoquer d'une manière générale les objectifs de protection du pouvoir d'achat des travailleurs et de paix sociale sans avancer aucun élément permettant d'évaluer la nécessité et la proportionnalité des mesures adoptées.

54 Par conséquent, le Grand-Duché de Luxembourg n'a pas démontré à suffisance de droit que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 2, de la loi du 20 décembre 2002 relève de dispositions d'ordre public, au sens de l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive 96/71.

55 Partant, cet État membre ne saurait se prévaloir de l'exception d'ordre public visée à l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive 96/71 pour imposer aux entreprises effectuant un détachement sur son territoire la prescription relative à l'adaptation automatique des salaires autres que les salaires minimaux à l'évolution du coût de la vie.

*– En ce qui concerne la prescription relative à la réglementation du travail à temps partiel et à durée déterminée prévue à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 8, de la loi du 20 décembre 2002*

56 Le Grand-Duché de Luxembourg soutient qu'une telle disposition vise à assurer la protection des travailleurs en garantissant le principe de l'égalité de traitement et des rémunérations entre les travailleurs à temps plein et ceux exerçant à temps partiel, tel que consacré par les directives 97/81/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES (JO L 14, p. 9), et 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée (JO L 175, p. 43).

57 Il y a lieu de souligner que la prescription susvisée relève d'une matière qui n'est pas mentionnée sur la liste figurant à l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 96/71.



58 Il n'est pas contesté que les obligations qu'entraîne l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 8, de la loi du 20 décembre 2002 sont susceptibles, eu égard aux contraintes qui les accompagnent, d'entraver l'exercice par des entreprises désirant détacher des travailleurs au Luxembourg de leur liberté de prestation des services.

59 À cet égard, force est de constater que, en vertu de l'article 2, paragraphe 1, des directives 97/81 et 1999/70, il appartenait aux États membres de mettre en œuvre les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à ces directives.

60 Partant, dès lors que le respect de l'exigence prévue par la disposition nationale litigieuse fait l'objet d'un contrôle dans l'État membre dans lequel l'entreprise désirant détacher des travailleurs au Luxembourg est établie, pour les mêmes motifs que ceux énoncés aux points 41 à 43 du présent arrêt, le Grand-Duché de Luxembourg ne saurait invoquer l'exception d'ordre public tirée de l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive 96/71 pour justifier la prescription nationale litigieuse.

61 Il en résulte que l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 8, de la loi du 20 décembre 2002 n'est pas conforme à l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive 96/71.

*– En ce qui concerne la prescription relative aux dispositions impératives de droit national en matière de conventions collectives de travail figurant à l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 11, de la loi du 20 décembre 2002*

62 L'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de la directive 96/71 définit les instruments par lesquels sont fixées les conditions de travail et d'emploi de l'État membre d'accueil concernant les matières visées à ce même paragraphe, sous a) à g), et qui sont garanties aux travailleurs détachés. Le second tiret de cette disposition vise en particulier les conventions collectives déclarées d'application générale.

63 À l'instar de cette disposition, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, de la loi du 20 décembre 2002 énonce que constituent des dispositions de police relevant de l'ordre public national les dispositions résultant, notamment, de conventions collectives déclarées d'obligation générale ayant trait aux matières visées à ses points 1 à 14. À son point 11, sont mentionnées les dispositions ayant trait aux conventions collectives de travail.

64 Une telle disposition ne saurait, toutefois, constituer une exception d'ordre public au sens de l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive 96/71.

65 Premièrement, rien ne justifie que les dispositions ayant trait aux conventions collectives de travail, à savoir celles qui en encadrent l'élaboration et la mise en œuvre, puissent (...) relever de la notion d'ordre public.

66 Un tel constat s'impose, deuxièmement, s'agissant des dispositions mêmes de ces conventions collectives qui ne sauraient non plus relever d'une telle notion, dans leur ensemble et au simple motif qu'elles émanent de ce type d'actes.



67 Troisièmement, le Grand-Duché de Luxembourg ne saurait soutenir la thèse selon laquelle l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 11, de la loi du 20 décembre 2002, concrétise *in fine* la permission accordée aux États membres au titre de l'article 3, paragraphe 10, second tiret, de la directive 96/71. En effet, cette disposition se rapporte exclusivement aux conditions de travail et d'emploi fixées par des conventions collectives déclarées d'application générale. Or, tel n'est pas le cas dudit article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 11, qui vise expressément, et par opposition à la phrase introductive de ce même article 1<sup>er</sup>, les simples conventions collectives de travail.

68 Dès lors, l'article 1<sup>er</sup>, paragraphe 1, point 11, de la loi du 20 décembre 2002 n'est pas conforme à l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive 96/71.

69 Par conséquent, il résulte de ce qui précède que le premier grief invoqué par la Commission est fondé (...).





## 2. Documents officiels

---

2.1. *Vers le centenaire de l'OIT – réalités, renouveau et engagement tripartite, rapport du directeur général de l'OIT, 2013*

(...) Initiatives en vue du centenaire de l'OIT

149. Un centième anniversaire est assurément un événement qui mérite d'être célébré, l'occasion de commémorer les réalisations passées et de rendre hommage aux personnes et aux organisations qui en ont été les artisans. C'est ce que l'OIT fera normalement en 2019, mais elle devrait faire plus encore. Il ne faut pas manquer l'occasion qu'offre le centenaire de lancer un certain nombre de grandes initiatives qui doivent permettre à l'Organisation de relever les défis qui iront de pair avec la réalisation de son mandat dans l'avenir.

150. L'économie mondiale a la capacité de mettre fin à la pauvreté et d'assurer à tous un niveau de vie décent et une protection contre les risques liés à la vie professionnelle, telle est la réalité que connaît le monde du travail aujourd'hui. Toutefois, ce potentiel ne s'est pas concrétisé et, trop souvent, les problèmes du chômage et du sous-emploi, de l'inégalité et de l'injustice s'aggravent au lieu de s'atténuer.

151. Ces échecs sont de plus en plus largement admis, tout comme la nécessité de les surmonter d'urgence, d'où les appels lancés en faveur d'une mondialisation plus juste, d'un développement équilibré et durable, et d'une croissance économique qui soit source de progrès social.

152. Une occasion unique est donnée à l'OIT de continuer, avec un surcroît d'énergie, de servir la cause de la justice sociale à l'aube de son deuxième siècle d'existence. Il faudra à cette fin renouveler ses méthodes de travail. L'OIT doit mieux conjuguer les principes et valeurs exprimés dans les normes internationales du travail avec des orientations concrètes fondées sur des données probantes qui lui permettent de déterminer ce qui produit réellement des résultats. L'Organisation doit être prête à innover et à saisir les nouvelles possibilités qui s'offrent à elle.

153. En dernière analyse, le succès dépendra de l'engagement tripartite envers l'Organisation et ses objectifs. David Morse, ancien Directeur général du BIT, avait vu juste lorsqu'il avait déclaré que « *l'OIT ne peut être un instrument efficace du progrès que dans la mesure où ses États membres et ses autres éléments constitutifs le désirent* ». Quelle force les mandants désirent-ils pour l'OIT aujourd'hui ? C'est aux délégués à la Conférence qu'il revient de répondre à cette question en ce moment crucial de l'histoire de l'Organisation.

154. De plus, les mandants peuvent donner corps à leur engagement en s'orientant vers un ensemble concerté d'initiatives en vue du centenaire de l'OIT, puis en participant activement à leur mise en œuvre.

155. Sept idées d'initiatives sont proposées :

- 1) l'initiative sur la gouvernance pour mener à bonne fin la réforme des structures de gouvernance de l'OIT, procéder à l'évaluation de l'impact de la Déclaration de 2008, conformément aux dispositions finales de cet instrument, et prendre des mesures de suivi à la lumière des conclusions de cette évaluation ;
- 2) l'initiative sur les normes pour renforcer le consensus tripartite sur un système de contrôle faisant autorité et améliorer la pertinence des normes internationales du travail au moyen d'un mécanisme d'examen des normes ;
- 3) l'initiative verte pour concrétiser la dimension du travail décent inhérente à la transition vers un modèle de développement durable à faible empreinte carbone et faciliter la contribution tripartite à ce processus ;
- 4) l'initiative sur les entreprises pour créer une plate-forme destinée à faciliter l'interaction de l'OIT avec les entreprises et contribuer ainsi à leur pérennité et à la réalisation des objectifs de l'OIT ;
- 5) l'initiative sur l'éradication de la pauvreté pour répondre à la nécessité impérieuse de garantir à tous les travailleurs un salaire assurant des conditions d'existence convenables, notamment en s'appuyant sur les composantes emploi et protection sociale du programme de développement pour l'après 2015 ;
- 6) l'initiative sur les femmes au travail pour examiner la place et les conditions des femmes dans le monde du travail et faire en sorte que les mandants tripartites agissent concrètement pour réaliser l'égalité de chances et de traitement ;
- 7) l'initiative sur l'avenir du travail pour établir un groupe consultatif qui sera chargé d'étudier cette question et dont le rapport pourra être examiné par la Conférence internationale du travail à la session du centenaire en 2019.

156. Ces initiatives devraient être intégrées dans les instruments de programmation de l'OIT. Le cadre stratégique actuel couvre une période de six ans qui s'achèvera à la fin de 2015. Le Conseil d'administration doit commencer, à sa session d'octobre, à examiner le type de dispositif qui devrait succéder au cadre stratégique. Dans le cas où l'option d'un nouveau plan stratégique serait retenue, ce plan s'appliquerait jusqu'au centenaire de l'OIT et au-delà.

157. Il existe une réelle possibilité de donner une orientation, un objectif et un contenu stratégiques à l'OIT et à son mandat, alors que celle-ci s'approche de son 100<sup>e</sup> anniversaire, et de faire de la définition des objectifs du centenaire un véritable vecteur de la mobilisation des mandants. Les délégués à la Conférence sont instamment invités à saisir cette occasion (...)

*2.2. « L'initiative sur les normes », OIT, présentation disponible en ligne sur le site de l'OIT, octobre 2016*

L'initiative sur les normes vise à renforcer le consensus tripartite sur un système de contrôle faisant autorité et à améliorer la pertinence des normes internationales du travail au moyen d'un mécanisme d'examen des normes.



Les normes internationales du travail sont des instruments juridiques établis par les mandants de l'OIT qui définissent les principes et droits fondamentaux au travail.

La politique normative, bien qu'universellement reconnue comme la fonction première de l'OIT, a fréquemment fait l'objet de discussions et parfois de controverses. C'est un débat complexe mais nécessaire qui a permis au système normatif de s'adapter à l'évolution des besoins et des réalités du monde du travail.

Dans ce contexte, l'initiative sur les normes, composée de deux volets, est une série de mesures visant à aider l'Organisation à actualiser et améliorer le corpus de normes de l'OIT, et à s'assurer que son système de contrôle bénéficie du soutien total des mandants.

Le premier volet de l'initiative sur les normes va accentuer la pertinence des normes internationales du travail grâce à un mécanisme d'examen des normes.

Ce mécanisme, constitué d'un groupe de travail tripartite, est chargé de passer en revue les normes internationales du travail de l'OIT. Avec cet examen, les mandants tripartites de l'OIT veulent s'assurer que le *corpus* des normes est pertinent et répond aux changements constants dans le monde du travail en vue d'assurer la protection des travailleurs et de prendre en compte les besoins des entreprises durables.

Le second volet de l'initiative vise à consolider le consensus tripartite sur un système de contrôle qui fasse autorité.

Dans cette optique, le président de la Commission d'experts sur l'application des conventions et recommandations et le président du Comité de la liberté syndicale ont préparé conjointement un rapport sur l'interaction, le fonctionnement et l'amélioration possible des diverses procédures de contrôle découlant de la Constitution de l'OIT et du mécanisme de traitement des plaintes relatives à la liberté syndicale.

Ce rapport a été soumis au Conseil d'administration en mars 2016 et un suivi approprié sera assuré par le directeur général.

Dans l'ensemble, les efforts déployés par les divers organes du système de contrôle de l'OIT pour améliorer continûment leurs méthodes de travail contribueront certainement à renforcer la confiance et le soutien des mandants de l'OIT à l'égard de ce système et l'aideront à entrer sereinement dans son deuxième siècle d'existence.



### 2.3. Présentation de la réforme de la directive concernant le détachement de travailleurs, Commission européenne (informations mises en ligne sur le site de la Commission européenne en mars 2016)

Cette révision traduit l'engagement pris par l'actuelle Commission, dans ses orientations politiques, de promouvoir le principe d'une rémunération identique pour un même travail effectué au même endroit. Elle était annoncée dans le programme de travail de la Commission pour 2016.

Cette proposition vise à faciliter le détachement de travailleurs dans un environnement de concurrence loyale et de respect des droits des travailleurs, qui sont employés dans un État membre et que leur employeur envoie travailler temporairement dans un autre État membre. Plus spécifiquement, l'initiative a pour but de garantir des conditions de rémunération équitables et des conditions de concurrence égales tant pour les entreprises détachant des travailleurs que pour les entreprises locales dans le pays d'accueil.

Marianne Thyssen, commissaire pour l'emploi, les affaires sociales, les compétences et la mobilité des travailleurs, a déclaré à ce propos : « *J'ai dit, dès le tout début de mon mandat, que nous devons faciliter la mobilité de la main-d'œuvre, mais qu'il fallait le faire de façon équitable. La proposition d'aujourd'hui créera un cadre juridique clair, équitable et facile à appliquer en matière de détachement* ».

La révision ciblée introduira des changements dans trois grands domaines :

- la rémunération des travailleurs détachés, y compris dans les situations de sous-traitance ;
- les règles sur les travailleurs intérimaires ;
- le détachement à long terme.

La proposition prévoit que les travailleurs détachés bénéficieront de manière générale des mêmes règles en matière de conditions de rémunération et de travail que les travailleurs locaux. Cela se fera dans le plein respect du principe de subsidiarité et de la manière dont ces conditions sont fixées par les autorités publiques et/ou les partenaires sociaux dans l'État membre en question. Actuellement, les travailleurs détachés sont déjà soumis aux mêmes règles que les travailleurs de l'État membre d'accueil dans certains domaines, tels que la santé et la sécurité.

Toutefois, l'employeur n'est pas tenu de verser à un travailleur détaché plus que le salaire minimum fixé par le pays d'accueil. Cette situation peut créer des écarts salariaux entre travailleurs détachés et travailleurs locaux et se traduire par une concurrence déloyale entre entreprises. Cela signifie que les travailleurs détachés sont souvent moins rémunérés que les autres travailleurs pour un même travail.

Désormais, toutes les règles relatives à la rémunération qui sont d'application générale aux travailleurs locaux devront être également appliquées aux travailleurs détachés. La rémunération devra comprendre non seulement les taux de salaire



minimal, mais aussi d'autres éléments, tels que les primes ou les indemnités le cas échéant.

Les États membres devront également préciser de façon transparente les différents éléments constitutifs de la rémunération sur leur territoire. Les règles fixées par la loi ou par des conventions collectives d'application générale deviennent obligatoires pour les travailleurs détachés dans tous les secteurs économiques. La proposition donne également la possibilité aux États membres de prévoir que les sous-traitants doivent accorder à leurs travailleurs la même rémunération que le contractant principal. Néanmoins, cela ne peut être fait que de manière non discriminatoire: la même règle doit s'appliquer aux sous-traitants nationaux et transfrontières.

La proposition garantira en outre que la réglementation nationale concernant le travail intérimaire s'applique lorsque des entreprises de travail intérimaire établies à l'étranger détachent des travailleurs.

Enfin, si la durée du détachement dépasse vingt-quatre mois, les conditions prévues par la législation du travail des États membres d'accueil devront être appliquées, lorsqu'elles sont favorables au travailleur détaché.

Ces changements permettront :

- de mieux protéger les travailleurs ;
- d'améliorer la transparence et la sécurité juridique ;
- de garantir des conditions égales aux entreprises nationales et aux entreprises détachant des travailleurs, tout en assurant le plein respect des systèmes de négociations salariales des États membres.





# 3. Normes internationales

*3.1. 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 dans le cadre d'une prestation de services (exposé des motifs)*

LE PARLEMENT EUROPÉEN ET LE CONSEIL DE L'UNION EUROPÉENNE,

vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, et notamment son article 53, paragraphe 1, et son article 62,

vu la proposition de la Commission européenne, après transmission du projet d'acte législatif aux parlements nationaux,

vu l'avis du Comité économique et social européen,

vu l'avis du Comité des régions, statuant conformément à la procédure législative ordinaire,

considérant ce qui suit :

- (1) La libre circulation des travailleurs, la liberté d'établissement et la libre prestation des services sont des principes fondamentaux du marché intérieur de l'Union consacrés par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. L'Union renforce l'application de ces principes pour garantir des conditions de concurrence égales aux entreprises et le respect des droits des travailleurs.
- (2) La libre prestation des services donne notamment le droit aux entreprises de fournir des services dans un autre État membre et d'y détacher temporairement leurs propres travailleurs pour y fournir ces services. Il y a lieu, aux fins du détachement de travailleurs, de distinguer cette liberté de la libre circulation des travailleurs, laquelle donne à tout citoyen le droit de se rendre librement dans un autre État membre pour y travailler et d'y résider à cette fin, et le protège contre toute discrimination en matière d'emploi, de rémunération et de conditions de travail et d'emploi par rapport aux ressortissants de cet État membre.
- (3) Concernant les travailleurs provisoirement détachés pour l'exécution de travaux liés à la prestation de services dans un autre État membre que celui dans lequel ils exercent habituellement leur activité, la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil établit un socle de conditions de travail et d'emploi clairement définies, garantissant une protection minimale de ces travailleurs, qui doivent être respectées par le prestataire de services dans l'État membre d'accueil.



- (4) Toutes les mesures introduites par la présente directive devraient être justifiées et proportionnées, afin de ne pas créer de lourdeurs administratives ni entraver le potentiel de création d'emplois des entreprises, surtout les petites et moyennes entreprises (PME), tout en protégeant les travailleurs détachés.
- (5) Afin de garantir la conformité avec la directive 96/71/CE sans pour autant imposer aux prestataires de services une charge administrative inutile, il est essentiel que les éléments de fait visés dans les dispositions destinées à caractériser un détachement véritable et à prévenir toute violation et tout contournement contenues dans la présente directive soient considérés comme indicatifs et non exhaustifs. En particulier, il n'y a pas lieu d'exiger que tous ces éléments soient réunis pour chaque détachement.
- (6) S'il convient que l'évaluation des éléments de fait indicatifs soit adaptée à chaque cas particulier et tienne compte des particularités de la situation, les situations présentant les mêmes éléments de fait ne devraient pas donner lieu, de la part des autorités compétentes de différents États membres, à une appréciation ou à une évaluation juridique différente.
- (7) Pour prévenir, éviter et combattre toute violation et tout contournement des règles applicables par les entreprises tirant indûment ou frauduleusement parti de la libre prestation de services consacrée par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et/ou de l'application de la directive 96/71/CE, il convient d'améliorer la mise en œuvre et le suivi de la notion de détachement, et des éléments plus uniformes, facilitant une interprétation commune, devraient être introduits au niveau de l'Union.
- (8) Par conséquent, les éléments de fait constitutifs de la nature temporaire inhérente à la notion de détachement, et la condition selon laquelle l'employeur est véritablement établi dans l'État membre depuis lequel le détachement a lieu, demandent à être examinés par l'autorité compétente de l'État membre d'accueil et, au besoin, en étroite collaboration avec l'État membre d'établissement.
- (9) Lors de l'examen du montant du chiffre d'affaires réalisé par une entreprise dans l'État membre d'établissement aux fins de déterminer si cette entreprise exerce réellement des activités substantielles autres que celles relevant uniquement de la gestion interne et/ou administrative, il convient que les autorités compétentes tiennent compte des différences de pouvoir d'achat des monnaies.



- (10) Les éléments exposés dans la présente directive concernant la mise en œuvre et le suivi du détachement peuvent également aider les autorités compétentes à détecter les travailleurs faussement déclarés comme travailleurs indépendants. Conformément à la directive 96/71/CE, la définition valable de la notion de travailleur est celle qui est applicable dans le droit de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché. Une plus grande précision et l'amélioration du suivi du détachement par les autorités compétentes concernées permettraient de renforcer la sécurité juridique et constitueraient des moyens utiles pour contribuer à lutter efficacement contre le faux travail indépendant et pour veiller à ce que les travailleurs détachés ne soient pas faussement déclarés comme indépendants, ce qui aiderait à prévenir, à éviter et à combattre le contournement des règles applicables.
- (11) Lorsqu'il n'y a pas véritable détachement et que se produit un conflit de lois, il y a lieu de tenir dûment compte des dispositions du règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil (Rome I) ou de la convention de Rome qui visent à garantir que les travailleurs ne soient pas privés de la protection que leur assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord ou auxquelles il ne peut être dérogé qu'à leur bénéfice. Il convient que les États membres veillent à ce que des dispositions soient en vigueur pour protéger convenablement les travailleurs qui ne sont pas véritablement détachés.
- (12) L'insuffisance du certificat concernant la législation applicable en matière de sécurité sociale que prévoit le règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil peut être un élément indiquant que la situation ne devrait pas être caractérisée comme étant un détachement temporaire dans un État membre autre que celui dans lequel le travailleur concerné travaille habituellement dans le cadre de la prestation de services.
- (13) Comme la directive 96/71/CE, la présente directive ne devrait pas porter atteinte à l'application du règlement (CE) n° 883/2004 et du règlement (CE) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil.
- (14) Le respect de la diversité des systèmes nationaux de relations professionnelles et de l'autonomie des partenaires sociaux est reconnu explicitement par le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne.
- (15) Dans de nombreux États membres, les partenaires sociaux jouent un rôle important à l'égard du détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services, car ils peuvent, conformément au droit et/ou aux pratiques nationales, déterminer, successivement ou simultanément, les taux de salaire minimal applicables. Il convient que les partenaires sociaux communiquent et informent sur ces taux.



- (16) Des mesures adéquates et efficaces de mise en œuvre et d'exécution sont essentielles à la protection des droits des travailleurs détachés et à la garantie de l'égalité des conditions de la concurrence entre les prestataires de services ; *a contrario*, une exécution lacunaire mine l'effet utile de la réglementation de l'Union en la matière. Une coopération étroite entre la Commission et les États membres, et, le cas échéant, les autorités régionales et locales, est par conséquent fondamentale, mais l'importance des inspections du travail et des partenaires sociaux à cet égard ne doit pas pour autant être négligée. Une confiance réciproque, un esprit de coopération, un dialogue permanent et une compréhension mutuelle sont indispensables dans ce contexte.
- (17) Des procédures de contrôle efficaces dans les États membres sont indispensables pour l'application de la directive 96/71/CE et de la présente directive et devraient donc être établies dans toute l'Union.
- (18) Les difficultés d'accès aux informations sur les conditions de travail et d'emploi sont très souvent la raison pour laquelle les règles ne sont pas appliquées par les prestataires de services. Les États membres devraient donc garantir que ces informations soient largement diffusées, gratuitement, et qu'elles soient effectivement accessibles, non seulement aux prestataires de services d'autres États membres, mais également aux travailleurs détachés concernés.
- (19) Lorsque les conditions de travail et d'emploi sont fixées par des conventions collectives qui ont été déclarées d'application générale, les États membres devraient veiller, dans le respect de l'autonomie des partenaires sociaux, à ce que ces conventions soient consultables par tous, de manière accessible et transparente.
- (20) Pour améliorer l'accessibilité des informations, une source unique d'informations par État membre devrait être établie. Chaque État membre devrait prévoir un site Internet national officiel unique, en conformité avec les normes d'accessibilité correspondantes, et d'autres moyens de communication appropriés. Le site Internet national officiel unique devrait, au minimum, prendre la forme d'un portail Internet, servant de passerelle ou de point d'accès principal et proposant, sous forme claire et précise, des liens vers les sources utiles de renseignements ainsi que des informations sommaires sur le contenu du site Internet et les liens qui y figurent. Ces sites devraient inclure en particulier tout site mis en place conformément à la législation de l'Union en vue de promouvoir l'esprit d'entreprise et/ou le développement de la prestation transfrontalière de services. Les États membres d'accueil devraient fournir des informations sur les durées, prévues par leur droit national, pendant lesquelles les prestataires de services sont tenus de conserver les documents après la période de détachement.
- (21) Les travailleurs détachés devraient avoir le droit de recevoir de l'État membre d'accueil des informations générales concernant le droit et/ou les pratiques nationales qui leur sont applicables.



- (22) La coopération administrative et l'assistance mutuelle entre les États membres devraient être conformes aux règles relatives à la protection des données à caractère personnel énoncées dans la directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil et aux règles nationales relatives à la protection des données à caractère personnel mettant en œuvre la législation de l'Union. Pour ce qui est de la coopération administrative par le système d'information du marché intérieur (IMI), elle devrait également être conforme aux règlements du Parlement européen et du Conseil (CE) n° 45/2001 et (UE) n° 1024/2012.
- (23) Afin de permettre la bonne application et de contrôler le respect des règles de fond régissant les conditions de travail et d'emploi des travailleurs détachés, les États membres ne devraient imposer que certaines exigences administratives et mesures de contrôle aux entreprises détachant des travailleurs dans le cadre de la fourniture de services. Selon la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne, de telles exigences et mesures peuvent être justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, notamment la protection effective des droits des travailleurs, pour autant qu'elles soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. De telles exigences et mesures ne peuvent être imposées que si les autorités compétentes ne peuvent s'acquitter efficacement de leur mission de surveillance sans les informations requises et/ou si des mesures moins restrictives ne permettraient pas d'atteindre les objectifs des mesures nationales de contrôle jugées nécessaires.
- (24) Il convient que le prestataire de services veille à ce que l'identité des travailleurs détachés figurant dans la déclaration qu'il effectue pour permettre la réalisation de contrôles factuels sur le lieu de travail puisse être vérifiée par les autorités compétentes pendant la durée du détachement.
- (25) Le prestataire de services établi dans un autre État membre devrait informer sans retard injustifié les autorités compétentes de l'État membre d'accueil de tout changement important intervenant dans les informations contenues dans la déclaration que le prestataire effectue pour permettre la réalisation de contrôles factuels sur le lieu de travail.
- (26) L'obligation de communiquer à la Commission les exigences administratives et les mesures de contrôle ne devrait pas constituer une procédure d'autorisation *ex ante*.
- (27) Afin d'améliorer et d'uniformiser l'application de la directive 96/71/CE, de garantir son exécution dans la pratique et de réduire autant que possible les écarts en matière d'application et d'exécution dans l'Union, il convient que les États membres veillent à mener des inspections efficaces et appropriées sur leur territoire, en contribuant ainsi, notamment, à la lutte contre le travail non déclaré dans le cadre du détachement, tout en prenant en compte d'autres initiatives juridiques afin de mieux s'attaquer à ce problème.



- (28) Il convient que, le cas échéant, conformément à leurs lois et/ou pratiques nationales, les États membres délivrent à l'entreprise inspectée un document attestant de l'inspection ou du contrôle qui comprenne toutes les informations utiles.
- (29) Les États membres devraient veiller à ce que des moyens humains suffisants, dotés des compétences et qualifications nécessaires, soient disponibles pour réaliser les inspections de façon efficace et pour permettre de répondre, sans retards injustifiés, aux demandes d'information, prévues par la présente directive, émanant de l'État membre d'accueil ou de l'État membre d'établissement.
- (30) Les inspections du travail, les partenaires sociaux et les autres organes de contrôle jouent un rôle déterminant à cet égard et il convient qu'ils le conservent.
- (31) Pour tenir compte de manière flexible de la diversité des marchés du travail et des relations professionnelles, à titre exceptionnel, les partenaires sociaux et/ou d'autres intervenants ou instances peuvent être chargés de la surveillance relative à certaines conditions de travail et d'emploi des travailleurs détachés, sous réserve que ceux-ci assurent aux intéressés un niveau de protection équivalent et remplissent leur mission de manière non discriminatoire et objective.
- (32) Les services d'inspection des États membres et les autres organes de surveillance et d'exécution recourent aux dispositifs de coopération et d'échange d'informations prévus par le droit applicable afin de vérifier si les dispositions applicables aux travailleurs détachés ont été respectées.
- (33) Les États membres sont particulièrement encouragés à mettre en place une approche plus intégrée en matière d'inspections du travail. La nécessité de définir des normes communes dans l'optique de la mise en place de méthodes, de pratiques et de normes minimales comparables à l'échelon de l'Union devrait également être examinée. L'élaboration de normes communes ne devrait toutefois pas se traduire par une limitation de l'efficacité de la lutte menée par les États membres contre le travail non déclaré.
- (34) Afin de faciliter l'exécution de la directive 96/71/CE et d'en assurer une application plus efficace, il convient de prévoir des mécanismes de recours efficaces permettant aux travailleurs détachés de porter plainte ou d'engager des poursuites, directement ou, avec leur accord, par l'intermédiaire de tiers désignés, tels que des syndicats ou d'autres associations et des institutions gérées conjointement par les partenaires sociaux. Ces mécanismes seraient applicables sans préjudice des règles nationales de procédure concernant la représentation et la défense devant les tribunaux ainsi que des compétences et autres droits des syndicats et autres représentants des travailleurs au titre du droit et/ou des pratiques nationales.



- (35) Pour garantir qu'un travailleur détaché est correctement rémunéré et pour autant que les indemnités propres au détachement puissent être considérées comme faisant partie du taux de salaire minimal, il convient de ne déduire ces indemnités du salaire que si le droit national, des conventions collectives ou la pratique dans l'État membre d'accueil le prévoit.
- (36) Le respect, dans la pratique, des règles applicables dans le domaine du détachement et la protection effective des droits des travailleurs à cet égard constituent une question particulièrement importante dans les chaînes de sous-traitance et devraient être assurés par des mesures appropriées conformément au droit et/ou aux pratiques nationales et en conformité avec le droit de l'Union. Ces mesures peuvent comprendre l'instauration à titre volontaire, après consultation des partenaires sociaux concernés, d'un mécanisme de responsabilité du sous-traitant direct, en sus ou en lieu et place de la responsabilité de l'employeur, pour ce qui concerne toute rémunération nette impayée correspondant aux taux de salaire minimal et/ou à des cotisations à des fonds ou institutions gérés conjointement par les partenaires sociaux et réglementés par la loi ou par des conventions collectives, dans la mesure où ceux-ci relèvent de l'article 3, paragraphe 1, de la directive 96/71/CE. Toutefois, les États membres restent libres de prévoir dans le droit national des règles plus strictes en matière de responsabilité ou d'aller plus loin dans le cadre de ce droit, de manière non discriminatoire et proportionnée.
- (37) Les États membres qui ont instauré des mesures visant à garantir le respect des règles applicables dans les chaînes de sous-traitance devraient pouvoir prévoir qu'un contractant ou un sous-traitant ne devrait pas être responsable dans certaines circonstances, ou que sa responsabilité peut être limitée lorsqu'il a pris des mesures de diligence. Ces mesures devraient être fixées dans le droit national, compte tenu des circonstances particulières de l'État membre concerné, et elles peuvent comprendre notamment des mesures prises par le contractant concernant la documentation relative au respect des exigences administratives ainsi que des mesures visant à assurer un contrôle effectif du respect de la réglementation applicable en matière de détachement de travailleurs.
- (38) C'est avec inquiétude que l'on relève les nombreuses difficultés que rencontrent encore les États membres à l'heure de recouvrer des sanctions et/ou des amendes administratives dans une situation transfrontalière et il est donc nécessaire de se préoccuper de la reconnaissance mutuelle des sanctions et amendes administratives.
- (39) Les différences entre les systèmes des États membres en ce qui concerne l'exécution de sanctions et/ou d'amendes administratives imposées dans des situations comportant une dimension transfrontalière sont préjudiciables au bon fonctionnement du marché intérieur, et risquent de rendre très difficile, voire impossible, de garantir aux travailleurs détachés un niveau de protection équivalent dans toute l'Union.



- (40) L'exécution effective des règles de fond régissant le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services devrait être assurée par une action spécifique axée sur l'exécution transfrontalière des sanctions et/ou amendes administratives pécuniaires imposées. Le rapprochement des législations des États membres en la matière est donc une condition préalable essentielle afin de garantir, aux fins du bon fonctionnement du marché intérieur, un niveau de protection plus élevé, équivalent et comparable.
- (41) L'adoption de règles communes en matière d'assistance mutuelle et de soutien à l'égard des mesures d'exécution et des coûts y afférents, ainsi que l'adoption d'exigences uniformes pour la notification des décisions relatives aux sanctions et/ou aux amendes administratives infligées pour le non-respect de la directive 96/71/CE, ainsi que de la présente directive, devraient résoudre plusieurs problèmes pratiques liés à l'exécution transfrontalière et garantir l'amélioration de la communication et de l'exécution des décisions de ce type émanant d'un autre État membre.
- (42) S'il s'avère que le prestataire de services n'est pas effectivement établi dans l'État membre d'établissement ou que l'adresse de l'entreprise ou les données la concernant sont fausses, les autorités compétentes ne devraient pas interrompre la procédure pour des raisons de forme mais devraient enquêter plus amplement sur le sujet afin d'établir l'identité de la personne physique ou morale responsable du détachement.
- (43) La reconnaissance des décisions infligeant une sanction et/ou une amende administrative et les demandes d'exécution d'une telle sanction et/ou amende devraient reposer sur le principe de la confiance réciproque. À cet effet, les motifs de non-reconnaissance ou de refus de recouvrement d'une sanction et/ou amende administrative devraient être limités au minimum nécessaire.
- (44) Sans préjudice de la mise en place de règles plus uniformes pour l'exécution transfrontalière des sanctions et/ou des amendes administratives, ainsi que de la nécessité d'instaurer plus de critères communs pour rendre les procédures de suivi plus efficaces en cas de non-paiement, ces dispositions ne devraient pas porter atteinte à la compétence des États membres en ce qui concerne la détermination de leur système de sanctions et d'amendes ainsi que des mesures de recouvrement prévues par leur droit national. Par conséquent, l'instrument permettant de mettre en œuvre ou d'exécuter ces sanctions et/ou amendes peut, s'il y a lieu et compte tenu du droit et/ou des pratiques nationales de l'État membre requis, être complété ou accompagné d'un titre permettant sa mise en œuvre ou son exécution dans cet État membre, ou remplacé par un tel titre.



- (45) Les règles plus uniformes ne devraient pas avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits et libertés fondamentaux de la défense ou les principes juridiques fondamentaux qui s'y appliquent tels qu'ils sont consacrés à l'article 6 du traité sur l'Union européenne, tels que le droit d'être entendu ou le droit à un recours effectif et le droit à accéder à un tribunal impartial ou le principe *non bis in idem*.
- (46) La présente directive n'a pas pour objet d'établir des règles harmonisées en matière de coopération judiciaire, de compétence judiciaire ou de reconnaissance et d'exécution des décisions en matière civile et commerciale, ni de traiter du droit applicable.
- (47) Les États membres devraient prévoir des mesures appropriées en cas de non-respect des obligations prévues par la présente directive, y compris des procédures administratives et judiciaires, et devraient instaurer des sanctions efficaces, proportionnées et dissuasives pour toute violation de ces obligations.
- (48) La présente directive respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment la protection des données à caractère personnel (article 8), la liberté professionnelle et le droit de travailler (article 15), la liberté d'entreprise (article 16), le droit de négociation et d'actions collectives (article 28), les conditions de travail justes et équitables (article 31), le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial (article 47), la présomption d'innocence et les droits de la défense (article 48) et le droit à ne pas être jugé deux fois pour une même infraction (*non bis in idem*) (article 50), et elle doit être appliquée conformément à ces droits et à ces principes.
- (49) Pour favoriser une application plus efficace et uniforme de la directive 96/71/CE, il convient qu'un système électronique d'échange d'informations facilitant la coopération administrative soit mis en place et que les autorités compétentes utilisent, autant que possible, le système IMI. Cependant, l'application d'arrangements ou d'accords bilatéraux existants ou futurs concernant la coopération administrative et l'assistance mutuelle ne devrait pas être exclue.
- (50) Étant donné que l'objectif de la présente directive, à savoir mettre en place un cadre commun pour un ensemble de dispositions, de mesures et de mécanismes de contrôle pour améliorer et uniformiser la mise en œuvre, l'application et l'exécution des dispositions de la directive 96/71/CE dans la pratique, ne peut pas être atteint de manière suffisante par les États membres mais peut, en raison de l'ampleur ou des effets de l'action, l'être mieux au niveau de l'Union, celle-ci peut prendre des mesures, conformément au principe de subsidiarité consacré à l'article 5 du traité de l'Union européenne. Conformément au principe de proportionnalité tel qu'énoncé audit article, la présente directive n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif.



(51) Le Contrôleur européen de la protection des données a été consulté conformément à l'article 28, paragraphe 2, du règlement (CE) n° 45/2001 et a rendu son avis le 19 juillet 2012.

(...)

### 3.2. Convention n° 158 de l'OIT sur le licenciement, 1982 (Parties II et III)

(...)

## **Partie II. Normes d'application générale**

### **Section A. Justification du licenciement**

#### *Article 4*

Un travailleur ne devra pas être licencié sans qu'il existe un motif valable de licenciement lié à l'aptitude ou à la conduite du travailleur ou fondé sur les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service.

#### *Article 5*

Ne constituent pas des motifs valables de licenciement, notamment :

- (a) l'affiliation syndicale ou la participation à des activités syndicales en dehors des heures de travail ou, avec le consentement de l'employeur, durant les heures de travail ;
- (b) le fait de solliciter, d'exercer ou d'avoir exercé un mandat de représentation des travailleurs ;
- (c) le fait d'avoir déposé une plainte ou participé à des procédures engagées contre un employeur en raison de violations alléguées de la législation, ou présenté un recours devant les autorités administratives compétentes ;
- (d) la race, la couleur, le sexe, l'état matrimonial, les responsabilités familiales, la grossesse, la religion, l'opinion politique, l'ascendance nationale ou l'origine sociale ;
- (e) l'absence du travail pendant le congé de maternité.

#### *Article 6*

1. L'absence temporaire du travail en raison d'une maladie ou d'un accident ne devra pas constituer une raison valable de licenciement.
2. La définition de ce qui constitue l'absence temporaire du travail, la mesure dans laquelle un certificat médical sera requis et les limitations possibles dans l'application du paragraphe 1 du présent article seront déterminées conformément aux méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention.



## **Section B. Procédure à suivre avant le licenciement ou au moment de celui-ci**

### *Article 7*

Un travailleur ne devra pas être licencié pour des motifs liés à sa conduite ou à son travail avant qu'on ne lui ait offert la possibilité de se défendre contre les allégations formulées, à moins que l'on ne puisse pas raisonnablement attendre de l'employeur qu'il lui offre cette possibilité.

## **Section C. Procédure de recours contre le licenciement**

### *Article 8*

1. Un travailleur qui estime avoir fait l'objet d'une mesure de licenciement injustifiée aura le droit de recourir contre cette mesure devant un organisme impartial tel qu'un tribunal, un tribunal du travail, une commission d'arbitrage ou un arbitre.
2. Dans les cas où le licenciement aura été autorisé par une autorité compétente, l'application du paragraphe 1 du présent article pourra être adaptée en conséquence conformément à la législation et à la pratique nationales.
3. Un travailleur pourra être considéré comme ayant renoncé à exercer son droit de recourir contre le licenciement s'il ne l'a pas fait dans un délai raisonnable.

### *Article 9*

1. Les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à examiner les motifs invoqués pour justifier le licenciement ainsi que les autres circonstances du cas et à décider si le licenciement était justifié.
2. Afin que le salarié n'ait pas à supporter seul la charge de prouver que le licenciement n'était pas justifié, les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention devront prévoir l'une ou l'autre ou les deux possibilités suivantes :
  - (a) la charge de prouver l'existence d'un motif valable de licenciement tel que défini à l'article 4 de la présente convention devra incomber à l'employeur;
  - (b) les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à former leur conviction quant aux motifs du licenciement au vu des éléments de preuve fournis par les parties et selon des procédures conformes à la législation et à la pratique nationales.
3. En cas de licenciement motivé par les nécessités du fonctionnement de l'entreprise, de l'établissement ou du service, les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention devront être habilités à déterminer si le licenciement est intervenu véritablement pour ces motifs, étant entendu que l'étendue de leurs pouvoirs éventuels pour décider si ces motifs sont suffisants pour justifier ce licenciement sera définie par les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention.



## *Article 10*

Si les organismes mentionnés à l'article 8 de la présente convention arrivent à la conclusion que le licenciement est injustifié, et si, compte tenu de la législation et de la pratique nationales, ils n'ont pas le pouvoir ou n'estiment pas possible dans les circonstances d'annuler le licenciement et/ou d'ordonner ou de proposer la réintégration du travailleur, ils devront être habilités à ordonner le versement d'une indemnité adéquate ou toute autre forme de réparation considérée comme appropriée.

## **Section D. Préavis**

### *Article 11*

Un travailleur qui va faire l'objet d'une mesure de licenciement aura droit à un préavis d'une durée raisonnable ou à une indemnité en tenant lieu, à moins qu'il ne se soit rendu coupable d'une faute grave, c'est-à-dire une faute de nature telle que l'on ne peut raisonnablement exiger de l'employeur qu'il continue à occuper ce travailleur pendant la période du préavis.

## **Section E. Indemnité de départ et autres formes de protection du revenu**

### *Article 12*

1. Un travailleur licencié aura droit, conformément à la législation et à la pratique nationales :
  - (a) soit à une indemnité de départ ou à d'autres prestations similaires dont le montant sera fonction, entre autres éléments, de l'ancienneté et du niveau de salaire et qui seront versées directement par l'employeur ou par un fonds constitué par des cotisations des employeurs ;
  - (b) soit à des prestations d'assurance-chômage ou d'assistance aux chômeurs ou à d'autres prestations de sécurité sociale, telles que les prestations de vieillesse ou d'invalidité, aux conditions normales ouvrant droit à de telles prestations ;
  - (c) soit à une combinaison de ces indemnités et prestations.
2. Lorsqu'un travailleur ne remplit pas les conditions requises pour bénéficier de prestations d'assurance-chômage ou d'assistance aux chômeurs, au titre d'un régime de portée générale, il ne pourra prétendre aux indemnités ou prestations visées à l'alinéa a) du paragraphe 1 du présent article du seul fait qu'il ne reçoit pas de prestations de chômage au titre de l'alinéa b) dudit paragraphe.
3. En cas de licenciement pour faute grave, la perte du droit aux indemnités ou prestations mentionnées à l'alinéa a) du paragraphe 1 du présent article pourra être prévue par les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention.



## **Partie III. Dispositions complémentaires concernant les licenciements pour des motifs économiques, technologiques, structurels ou similaires**

### **Section A. Consultation des représentants des travailleurs**

#### *Article 13*

1. L'employeur qui envisage des licenciements pour des motifs de nature économique, technologique, structurelle ou similaire devra :
  - (a) fournir en temps utile aux représentants des travailleurs intéressés les informations pertinentes, y compris les motifs des licenciements envisagés, le nombre et les catégories de travailleurs qu'ils sont susceptibles d'affecter et la période au cours de laquelle il est prévu d'y procéder ;
  - (b) donner, conformément à la législation et à la pratique nationales, aussi longtemps à l'avance possible, l'occasion aux représentants des travailleurs intéressés d'être consultés sur les mesures à prendre pour prévenir ou limiter les licenciements et les mesures visant à atténuer les effets défavorables de tout licenciement pour les travailleurs intéressés, notamment les possibilités de reclassement dans un autre emploi.
2. L'application du paragraphe 1 du présent article pourra être limitée, par les méthodes d'application mentionnées à l'article 1 de la présente convention, aux cas où le nombre des travailleurs dont le licenciement est envisagé atteint au moins un nombre déterminé ou un pourcentage déterminé du personnel.
3. Aux fins du présent article, l'expression « *représentants des travailleurs intéressés* » signifie les représentants des travailleurs reconnus comme tels par la législation ou la pratique nationales, conformément à la convention concernant les représentants des travailleurs, 1971.

### **Section B. Notification à l'autorité compétente**

#### *Article 14*

1. Lorsque l'employeur envisage des licenciements pour des motifs de nature économique, technologique, structurelle ou similaire, il devra, conformément à la législation et à la pratique nationales, les notifier à l'autorité compétente aussi longtemps à l'avance que possible, en lui donnant les informations pertinentes, y compris un exposé écrit des motifs de ces licenciements, du nombre et des catégories de travailleurs qu'ils sont susceptibles d'affecter et de la période au cours de laquelle il est prévu d'y procéder.
2. La législation nationale pourra limiter l'application du paragraphe 1 du présent article aux cas où le nombre des travailleurs dont le licenciement est envisagé atteint au moins un nombre déterminé ou un pourcentage déterminé du personnel.



3. L'employeur devra informer l'autorité compétente des licenciements mentionnés au paragraphe 1 du présent article dans un délai minimum, à déterminer par la législation nationale, avant de procéder à ces licenciements.

(...)



## **Comité de rédaction**

### *Responsable de la publication :*

Martine de Boisdeffre, présidente de la section du rapport et des études.

### *Conception et réalisation :*

Maryvonne de Saint Pulgent, présidente de section, ancienne présidente de la section du rapport et des études.

Patrick Gérard, conseiller d'État, ancien président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études.

François Seners, président adjoint et rapporteur général de la section du rapport et des études

Corinne Mathey, secrétaire de la section du rapport et des études.

Avec l'appui de Caroline Grossholz, premier conseiller des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel, chargée de mission auprès de la présidente de la section du rapport et des études.

### *Secrétaire de rédaction :*

Frédéric Navas Alonso de Castaneda, chargé de mission à la section du rapport et des études.

## **Coordination du colloque**

Caroline de Prémonville, chargée de mission à la section du rapport et des études, assistée de Juliette Guyot, Mohammed Honoré Boussamba et Julia Weber, stagiaires.

## **Crédits photos, conseil graphique :**

Direction de la communication.

