

N° 5942⁴**CHAMBRE DES DEPUTES**

Session ordinaire 2008-2009

PROJET DE LOI**portant modification des articles L. 010-1, L. 141-1, L. 142-2
et L. 142-3 du Code du Travail**

* * *

AVIS DE LA CHAMBRE DES EMPLOYES PRIVES

(18.11.2008)

Par lettre du 14 octobre 2008, réf. Art. 010 141 142/Avis Chambres, Monsieur François Biltgen, Ministre du Travail et de l'Emploi, a saisi pour avis notre chambre du projet de loi sous rubrique.

1. Le présent projet de loi a pour objet de modifier certaines dispositions nationales d'ordre public en droit du travail ainsi que certaines dispositions en matière de détachement de travailleurs et cela dans le but de conformer la législation nationale à une récente décision de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE).

2. Suite à un recours en manquement lancé en date du 20 juillet 2006 par la Commission contre le Luxembourg, la Cour de Justice des Communautés européennes (CJCE) dans son arrêt du 19 juin 2008¹, a décidé que le Luxembourg a manqué aux obligations qui lui incombent en vertu de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services en:

- déclarant d'ordre public les dispositions légales, réglementaires, administratives, ainsi que celles résultant d'une convention collective d'obligation générale ayant trait
 - au contrat de travail écrit (ou document assimilé en vertu de la directive 91/533/CEE),
 - au salaire social minimum et à l'adaptation automatique de la rémunération à l'évolution du coût de la vie,
 - à la réglementation du travail à temps partiel et à durée déterminée,
 - aux conventions collectives de travail,
- énonçant des conditions légales concernant les modalités de contrôle des travaux de détachement par les autorités nationales compétentes d'une manière manquant de la clarté nécessaire pour assurer la sécurité juridique des entreprises désirant détacher des travailleurs au Luxembourg,
- imposant la conservation au Luxembourg, entre les mains d'un mandataire ad hoc y résidant, des documents nécessaires à ce contrôle.

3. Eu égard à cet arrêt, le Luxembourg est tenu de modifier sa législation nationale afin de s'y conformer. Les modifications concerneront par la force des choses:

- certaines dispositions de l'article L. 010-1 du code du travail, article consacrant en droit du travail la notion d'ordre public national,
- certaines dispositions des articles L. 141-1 et suivants du code du travail concernant le détachement de travailleurs.

1 C 319/06, disponible sur le site www.curia.europa.eu

4. Au cours des travaux préparatoires du présent projet de loi, le Gouvernement a consulté les partenaires sociaux. En date du 16 juillet 2008 les syndicats OGBL et LCGB, en collaboration avec notre chambre salariale, ont déposé une proposition de texte tendant à remédier aux reproches de la CJCE tout en sauvegardant au mieux la notion d'ordre public social national. Dans le présent avis, notre chambre réitère les remarques formulées par les syndicats au cours de cette phase pré-législative.

*

1. LA CJCE DEFORME LA NOTION D'ORDRE PUBLIC NATIONAL

5. Avant de commenter plus en détail le projet de loi sous avis, la CEP•L juge indispensable de situer la problématique soulevée par l'arrêt de la CJCE du 19 juin 2008 dans son véritable contexte juridique.

6. Rappelons que la problématique en cause concerne la **transposition de la 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, par le Luxembourg.

6bis. Ladite **directive a pour finalité** de garantir aux travailleurs détachés temporairement dans un Etat membre autre que celui dans lequel ils prestent habituellement leur travail, l'application d'un certain nombre de dispositions légales ou conventionnelles minimales de l'Etat membre de détachement. La directive 96/71/CE énumère ces dispositions, tout en laissant à chaque Etat membre le droit d'imposer l'application à ces mêmes travailleurs d'autres dispositions nationales que l'Etat membre qualifie d'ordre public national.

Dans son arrêt du 19 juin 2008, comme dans d'autres arrêts récents, la **Cour** décide qu'un Etat membre peut qualifier des dispositions nationales d'**ordre public** à condition que l'observation de celles-ci soit cruciale pour la sauvegarde de l'**organisation politique, sociale ou économique** de l'Etat membre concerné. Ainsi la Cour considère que les dispositions d'ordre public sont exclusivement celles à l'égard desquelles il ne peut être dérogé alors que, par leur nature et leur objectif, elles répondent à des **exigences impératives de l'intérêt public**. En outre la Cour précise que **l'exception d'ordre public constitue une dérogation au principe fondamental de la libre prestation de services** qui doit donc être interprétée strictement et dont la portée ne saurait être déterminée unilatéralement par les Etats membres.

La CJCE conclut que le législateur luxembourgeois a qualifié à tort de dispositions de police relevant de l'ordre public national

- les dispositions relatives à l'adaptation des rémunérations au coût de la vie,
- la législation sur les conventions collectives,
- la législation sur le travail à temps partiel et sur le travail à durée déterminée,
- la législation appliquant la Directive 91/533 sur la preuve écrite de la relation de travail,

et que ces dispositions de la loi luxembourgeoise vont au-delà des dispositions de la Directive

Par cet **arrêt du 19 juin 2008**, la **Cour a une ultime fois confirmé son interprétation restrictive de la notion d'ordre public national en la subordonnant au principe de libre prestation de services**.

7. La CEP•L se demande néanmoins si cette interprétation est conforme à la volonté originelle du législateur européen.

7bis. Il résulte du considérant 5 de la directive 96/71/CE que „*la promotion de la prestation de services dans un cadre transnational nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs*“. Le souci de l'**égalité de traitement entre prestataires de services résidents et non résidents, mais aussi de leurs salariés**, constitue ainsi l'**objectif de la directive**.

8. Le considérant 8 de la directive traite ensuite de la question de la **loi applicable** au travailleur lorsqu'il participe à une prestation de service transnationale. Il y est rappelé que la **Convention de Rome** du 19 juin 1980, applicable dans la plupart des Etats membres depuis 1991, règle cette question,

en posant principalement le principe suivant: à défaut de détermination de la loi applicable par les parties au contrat, s'appliquera à la relation de travail la **législation du pays où le salarié accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays.**

Pendant une période de détachement, la loi applicable est ainsi normalement celle du pays d'origine du salarié, c'est-à-dire celle du pays où il effectue habituellement son travail.

9. Toutefois l'article 7 de la convention de Rome prévoit que nonobstant la loi applicable en vertu de ses règles normales, les **règles d'ordre public (lois de police)** d'un autre pays peuvent trouver application si la situation présente un lien étroit avec ce pays, et si selon le droit de ce pays, ces dispositions sont applicables quelque soit la loi régissant le contrat (lois de police ou règles d'ordre public).

10. La **directive 96/71/CE**, se basant sur cet article 7 de la Convention de Rome, prévoit ainsi une règle dérogatoire pour la période du détachement: dans l'optique de l'égalité de traitement des prestataires et travailleurs résidents et non résidents et en s'appuyant sur la notion de loi de police du pays d'accueil (voir les considérants 10 et 11), la directive garantit **l'application impérative de certaines règles du pays d'accueil mais uniquement dans la mesure où celles-ci sont plus favorables au travailleur concerné** (article 3.1 de la directive).

11. Cet artifice, en quelque sorte dérogatoire à la règle de principe de la convention de Rome, sert donc à satisfaire la finalité d'égalité de traitement des prestataires et salariés lors d'une prestation de service transnationale en imposant à tous les prestataires, peu importe leur lieu d'implantation et en faisant bénéficier parallèlement tous les salariés, y compris les salariés détachés, d'un **nombre minimal de règles protectrices du pays d'accueil** (voir considérant 13).

12. Précisons que le **règlement No 593/2008 du parlement européen et du conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)**, reprend les principes de la convention de Rome quant à la loi applicable à la relation de travail.

13. Le règlement entérine aussi la notion de **loi de police**. Elle définit la loi de police comme étant une *„disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après les dispositions du présent règlement.“*

Le paragraphe 2 du même article précise encore que *„les dispositions du présent règlement ne pourront porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi“*.

Le règlement, tout comme la convention de Rome (article 7), reconnaît donc très clairement la notion de loi de police, expression de l'ordre public national.

14. Revenons à la directive: au-delà du noyau dur de règles impératives de protection minimale² prévu à l'article 3.1 de la directive, son article 3.10 permet aux Etats membres d'aller plus loin et de prévoir dans le cadre de la transposition de la directive que d'autres dispositions nationales bénéficiant du caractère d'ordre public (soit des lois de police), s'imposent à tous les prestataires faisant travailler des salariés sur leur territoire.

Comme nous l'avons dit plus haut, aussi bien **la convention de Rome** applicable dans la plupart des Etats membres, norme supérieure de droit international, que le règlement européen, norme de droit dérivé d'une valeur supérieure à la directive, reconnaissent le **droit à chaque Etat de déterminer ses dispositions nationales impératives**, dont le respect est jugé crucial par son pays pour la sauvegarde de son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application. Seul le recours à **cette notion de disposition nationale impérative a permis à la directive l'application de règles différentes que celles qui auraient été applicables en vertu des normes supérieures issues d'une convention internationale pendant la durée du détachement.**

² s'agit de la formule du considérant 13.

15. En outre le **Traité instituant la Communauté européenne (ci-après „traité“)**, n'ignore pas la conception d'ordre public.

Bien au contraire. L'**exception d'ordre public** inscrite dans divers articles du traité (article 30 en matière de libre circulation des marchandises; article 39.3. en matière de libre circulation des travailleurs; article 46 en matière de liberté d'établissement; article 55 en matière de libre prestation de services (par renvoi à l'article 46); article 58.1.b. en matière de libre circulation des capitaux) **permet en effet aux Etats membres de sauvegarder, contre l'application des principes économiques du traité, les valeurs fondamentales de leur société selon leur propre conception.**

16. Rappelons encore le rôle de la Communauté en ce qui concerne la **politique sociale** des Etats membres.

Suivant l'article 136 du traité, „*La Communauté et les Etats membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions.*

A cette fin, la Communauté et les Etats membres mettent en oeuvre des mesures qui tiennent compte de la diversité des pratiques nationales, en particulier dans le domaine des relations conventionnelles, ainsi que de la nécessité de maintenir la compétitivité de l'économie de la Communauté.

Ils estiment qu'une telle évolution résultera tant du fonctionnement du marché commun, qui favorisera l'harmonisation des systèmes sociaux, que des procédures prévues par le présent traité et du rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives.“

L'article 137 du traité stipule „*1. En vue de réaliser les objectifs visés à l'article 136, la Communauté soutient et complète l'action des Etats membres dans les domaines suivants:*

- a) l'amélioration, en particulier, du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs;*
- b) les conditions de travail;*
- c) la sécurité sociale et la protection sociale des travailleurs;*
- d) la protection des travailleurs en cas de résiliation du contrat de travail;*
- e) l'information et la consultation des travailleurs;*
- f) la représentation et la défense collective des intérêts des travailleurs et des employeurs, y compris la cogestion, sous réserve du paragraphe 5;*
- g) les conditions d'emploi des ressortissants des pays tiers se trouvant en séjour régulier sur le territoire de la Communauté;*
- h) l'intégration des personnes exclues du marché du travail, sans préjudice de l'article 150;*
- i) l'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne leurs chances sur le marché du travail et le traitement dans le travail;*
- j) la lutte contre l'exclusion sociale;*
- k) la modernisation des systèmes de protection sociale, sans préjudice du point c).*

2. A cette fin, le Conseil:

- a) peut adopter des mesures destinées à encourager la coopération entre Etats membres par le biais d'initiatives visant à améliorer les connaissances, à développer les échanges d'informations et de meilleures pratiques, à promouvoir des approches novatrices et à évaluer les expériences, à l'exclusion de toute harmonisation des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres;*
- b) peut arrêter, dans les domaines visés au paragraphe 1, points a) à i), par voie de directives, des prescriptions minimales applicables progressivement, compte tenu des conditions et des réglementations techniques existant dans chacun des Etats membres. Ces directives évitent d'imposer des contraintes administratives, financières et juridiques telles qu'elles contrarieraient la création et le développement de petites et moyennes entreprises.*

Le Conseil statue conformément à la procédure visée à l'article 251 après consultation du Comité économique et social et du Comité des régions, sauf dans les domaines visés au paragraphe 1, points c),

d), f) et g), du présent article, où le Conseil statue à l'unanimité sur proposition de la Commission, après consultation du Parlement européen et desdits Comités. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission après consultation du Parlement européen, peut décider de rendre la procédure visée à l'article 251 applicable au paragraphe 1, points d), f) et g), du présent article.

3. Un Etat membre peut confier aux partenaires sociaux, à leur demande conjointe, la mise en oeuvre des directives prises en application du paragraphe 2.

Dans ce cas, il s'assure que, au plus tard à la date à laquelle une directive doit être transposée conformément à l'article 249, les partenaires sociaux ont mis en place les dispositions nécessaires par voie d'accord, l'Etat membre concerné devant prendre toute disposition nécessaire lui permettant d'être à tout moment en mesure de garantir les résultats imposés par ladite directive.

4. Les dispositions arrêtées en vertu du présent article:

- ne portent pas atteinte à la faculté reconnue aux Etats membres de définir les principes fondamentaux de leur système de sécurité sociale et ne doivent pas en affecter sensiblement l'équilibre financier,
- ne peuvent empêcher un Etat membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes compatibles avec le présent traité.

5. Les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni au droit d'association, ni au droit de grève, ni au droit de lock-out.“

Selon l'article 5 du Traité CE, „la Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le Traité CE.

Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les Etats membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire.

L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du Traité CE“.

17. Au vu des articles précités, le **droit du travail apparaît d'une part comme un domaine relevant de la compétence subsidiaire de la Communauté** et d'autre part comme une matière où **le rôle de la Communauté se limite à définir un socle de protection minimale**, auquel les Etats membres peuvent déroger dans un sens plus favorable aux salariés.

18. Ces éléments se retrouvent dans la **directive 96/71/CE**.

Conformément à ce que nous avons déjà exposé ci-dessus, l'application du „noyau dur“ des règles protectrices mentionnées à l'article 3, paragraphe 1, de cette directive constitue, et c'est le considérant 13 de la directive qui l'affirme, une **garantie minimale pour les travailleurs détachés qui sont ainsi assurés de bénéficier, au minimum, de ces règles nationales qui ont acquis un caractère impératif. Au-delà de ce minimum l'article 3, paragraphe 10 permet aux Etats membres d'aller plus loin.**

19. Sur le **plan national**, la plupart des **règles de droit du travail relèvent de l'ordre public national**.

En droit luxembourgeois, la notion d'ordre public interne trouve sa source dans l'article 6 du Code civil qui dispose que „On ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes moeurs“.

Cette disposition autorise le juge national à écarter une loi étrangère normalement applicable, soit en totalité, soit en partie, s'il l'estime incompatible avec les exigences de l'ordre public luxembourgeois, c'est-à-dire avec les conceptions fondamentales de la politique législative du for (loi du juge saisi).

L'effet dérogatoire rattaché à la notion d'ordre public joue si la règle nationale est considérée par le juge saisi comme étant essentielle à l'ordre moral, social, politique ou économique du pays.

Au fil des années, cette notion d'ordre public est circonscrite par les jurisprudences des cours et tribunaux, même si elle demeure toujours fluctuante et susceptible d'applications diverses suivant les époques et également, les milieux considérés.

A titre d'exemple, il a été jugé qu'une contrariété à l'ordre public luxembourgeois peut consister dans le fait que la disposition étrangère „*va à l'encontre d'une disposition émise dans l'intérêt général (Diekirch 26 mars 1930, Pasicrisie 13, p. 180)*“ ou encore „*qu'elle cause un véritable trouble social pour être incompatible avec certains principes ou certaines structures fondamentales du droit luxembourgeois (Cour 2 juin 1978, Pasicrisie. 24, p. 114)*“.

20. Le **droit du travail luxembourgeois** bénéficie d'une large soumission à cette notion d'**ordre public**, soit sur base de dispositions explicites prévues dans ce sens par les textes législatifs, soit parce qu'un caractère de loi d'application strictement territoriale peut être reconnu aux dispositions du droit du travail.

Ce caractère, déjà affirmé par des **jurisprudences anciennes** qui soumettent sans restrictions à la loi luxembourgeoise, tout travail exécuté sur le territoire national³ (voir en ce sens Cassation, 2 juillet 1959, Pasicrisie 17.443), est en droit du travail clairement affirmé par **la loi depuis 1995**⁴, et aujourd'hui inscrit dans le code du travail national.

21. Dans les **travaux préparatoires de la loi de 1995**, l'on peut lire „*Un des éléments clés de la lutte contre la concurrence déloyale par le biais de niveaux trop différenciés de protection sociale, destructrice d'emplois, est l'obligation, pour tous les travaux exécutés au Luxembourg, de respecter le droit du travail local. Cette approche ne reflète d'ailleurs que la mise en oeuvre du principe „à travail égal, salaire égal“, principe qui ne devrait plus être contesté dans une société dite civilisée. C'est donc la seule approche qui puisse empêcher l'exploitation de la main-d'oeuvre non résidente employée sur le territoire luxembourgeois.*

Il était donc nécessaire d'ancrer expressément dans la loi le principe que le droit du travail luxembourgeois est aussi applicable aux salariés temporairement détachés au Luxembourg par une entreprise non établie sur ce territoire. Techniquement la disposition afférente du projet s'inscrit entre autres dans le cadre de l'article 7 de la Convention de Rome du 19 juillet 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui fait échec au libre choix des parties au contrat pour imposer le respect des lois de police de l'Etat où s'effectue la prestation de travail. Au niveau du droit communautaire la disposition en question s'inscrit dans la logique de l'arrêt de la CJCE du 27 mars 1990 dans l'affaire Rush-Portuguesa, qui dispose que „le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les Etats membres étendent leur législation ou les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux à toute personne effectuant du travail salarié, même à caractère temporaire, sur leur territoire, quel que soit le pays d'établissement de l'employeur et qu'il appartient aux Etats membres d'imposer le respect de ces règles par les moyens appropriés“.

Le Luxembourg a ainsi en 1995 à suffisance documenté **pourquoi les règles nationales de droit du travail** énumérées par la loi sont d'ordre public, ses motivations étant en outre tout à fait dans **la ligne de la directive 96/71/CE** qui a pour finalité, rappelons-le, d'éviter une **concurrence déloyale et de garantir un traitement égal de tous les salariés** travaillant sur un même territoire.

22. Ainsi à ce jour l'article L. 010-1 du Code du travail prévoit que

„(1) **Constituent des dispositions de police relevant de l'ordre public national**, en ce qui concerne notamment les dispositions d'ordre conventionnel ou contractuel conformément aux termes de la loi du 27 mars 1986 portant approbation de la Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, et sont comme telles applicables à tous les travailleurs exerçant une activité sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, y compris ceux qui font l'objet d'un détachement temporaire, quelle que soit sa durée ou sa nature, toutes les **dispositions légales, réglementaires, administratives**, ainsi que celles résultant de **conventions collectives déclarées d'obligation générale ou d'une décision d'arbitrage ayant un champ d'application similaire à celui des conventions collectives d'obligation générale**, ayant trait:

1. **au contrat de travail écrit ou au document établi en vertu de la directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail;**

³ Source: Les conflits de lois et les conflits de juridictions en droit international privé luxembourgeois, par F. Schockweiler, Ed. Paul Bauler,

⁴ Loi du 31 juillet 1995 relative à l'emploi et à la formation professionnelle.

2. *au salaire social minimum et à l'adaptation automatique de la rémunération à l'évolution du coût de la vie;*
3. *à la durée du travail, au temps de pause, au repos journalier et au repos hebdomadaire;*
4. *au congé payé;*
5. *aux congés collectifs;*
6. *aux jours fériés légaux;*
7. *à la réglementation du travail intérimaire et du prêt de main-d'oeuvre;*
8. *à la réglementation du travail à temps partiel et à durée déterminée;*
9. *aux mesures de protection applicables aux conditions de travail et d'emploi des enfants et des jeunes, des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher;*
10. *à la non-discrimination;*
11. *aux conventions collectives de travail;*
12. *à l'inactivité obligatoire conformément à la législation sur le chômage intempéries et le chômage technique;*
13. *au travail clandestin ou illégal, y compris les dispositions concernant les autorisations de travail pour travailleurs non ressortissants d'un Etat membre de l'Espace économique européen;*
14. *à la sécurité et la santé des travailleurs sur le lieu de travail en général et plus particulièrement aux prescriptions de prévention des accidents de l'Association d'assurance contre les accidents édictées conformément à l'article 154 du Code des assurances sociales et aux prescriptions minimales de sécurité et de santé établies par voie de règlement grand-ducal sur base de l'article L. 314-2.*

(2) *Les dispositions du paragraphe premier du présent article s'appliquent aux travailleurs, quelle que soit leur nationalité, au service de toute entreprise, sans préjudice quant à la nationalité et au lieu juridique ou effectif du siège social de celles-ci*

Le non-respect de la plupart de ces règles est **sanctionné pénalement, accentuant ainsi encore leur caractère de loi de police**, d'application territoriale.

23. En conclusion, l'analyse du contexte juridique révèle que la notion d'ordre public est un concept central, affirmé par les normes de droit supérieures (convention de Rome, traité, règlement européen sur la loi applicable) sur lesquelles la directive détachement s'appuie.

Le caractère d'ordre public d'une grande partie des dispositions de droit du travail national est ancien, d'abord affirmé par la Jurisprudence et ensuite depuis 1995, par la loi.

24. Nonobstant les principes juridiques développés ci-avant, expliquant et justifiant le recours par les Etats membres à la notion d'ordre public national pour imposer son droit du travail ou une partie de son droit du travail, à toute prestation de travail se déroulant sur son territoire, la CJCE adopte, à notre avis à tort, une autre conception de l'ordre public national et une interprétation erronée de la finalité de la directive détachement.

2. LE PROJET DE LOI: UN PAS EN ARRIERE POUR NOTRE LEGISLATION SOCIALE

25. Rappelons que les modifications proposées par le présent projet de loi concernent:

- les dispositions d’ordre public stipulées à l’article L.010-1 du code du travail;
- certains articles du titre IV du livre I du code du travail relatif au détachement de travailleurs.

2.1. Modifications concernant la notion d’ordre public

2.1.1. Accord en matière de dialogue social interprofessionnel

26. Outre des allègements au niveau de la formulation, il est proposé d’ajouter parmi les normes juridiques pouvant contenir des dispositions d’ordre public, celles résultant d’un accord en matière de dialogue social interprofessionnel conclu au niveau national.

La CEP•L approuve cette ajoute, qui satisfait la proposition syndicale du 16 juillet 2008.

Les syndicats y avaient en effet soulevé que le texte actuel ne couvre pas les accords en matière de dialogue social interprofessionnel. Or, un accord en matière de dialogue social interprofessionnel au sens du droit national peut être assimilé à une convention collective de travail déclarée d’application générale au sens de l’article 3 point 8 de la directive 96/71/CE, du fait qu’il couvre toutes les entreprises légalement établies sur le territoire national et les salariés y employés. Il a donc une portée générale.

2.1.2. Contrat de travail écrit ou document équivalent en vertu de la Directive 91/533

26.1. Pour satisfaire la décision de la CJCE, les dispositions relatives au contrat de travail écrit ou au document équivalent en vertu de la Directive 91/533 ne feront plus partie de la liste des dispositions d’ordre public.

La CJCE avait basé sa décision sur les arguments suivants:

- l’exigence prévue à l’article L. 010-1 point 1 (contrat de travail écrit ou document équivalent en vertu de la directive 91/533/CE) du code du travail serait garantie par l’Etat membre dont sont originaires les travailleurs détachés eu égard aux dispositions de la directive 91/533/CE;
- de ce fait l’exigence nationale en question ferait **double emploi** avec cette obligation issue de l’Etat où l’entreprise détachante est établie;
- l’objectif de la directive 96/71/CE, consistant à garantir le respect d’un noyau minimal de règles de protection des travailleurs, rendrait d’autant plus superflue l’existence d’une telle obligation supplémentaire qui, eu égard aux procédures qu’elle implique, serait susceptible de dissuader les entreprises établies dans un autre Etat membre d’exercer leur liberté de prestation des services;
- la libre prestation des services, en tant que principe fondamental du traité, ne pourrait 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’Etat membre d’accueil, dans la **mesure où cet intérêt n’est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l’Etat membre où il est établi.**

La CJCE en arrivait à la conclusion que l’exigence prévue à notre article L. 010-1 point 1 du code du travail ne serait pas une disposition d’ordre public au sens de l’article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive 96/71.

La directive 91/533/CE relative à l’obligation de l’employeur d’informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, a pour finalité d’établir au niveau communautaire l’obligation générale selon laquelle tout travailleur salarié doit disposer d’un document contenant des informations sur les éléments essentiels de son contrat ou sa relation de travail.

Les éléments essentiels énumérés par la directive concernent notamment l’identité des parties, le lieu de travail, l’emploi, la fonction, la date de début du contrat, la durée prévisible du contrat s’il est à durée limitée, la durée du congé payé, la durée des délais de préavis en cas de résiliation du contrat, le montant de base initial et les autres éléments de salaire, ainsi que la périodicité de versement, la durée de travail journalière et hebdomadaire normale, la mention des conventions collectives applicables.

L'article 4 de la directive 91/533/CE est expressément consacré au travailleur expatrié. Selon cet article, si le travailleur est amené à exercer son travail dans un ou plusieurs pays autres que l'Etat membre à la législation et/ou la pratique duquel le contrat ou la relation de travail est soumis, le contrat de travail écrit ou tout autre document équivalent doivent être en possession du travailleur avant son départ et doivent comporter certaines informations supplémentaires, notamment la durée du travail exercée à l'étranger, la devise servant au paiement de la rémunération, etc. Cette obligation ne s'applique pas si la durée du travail hors du pays n'excède pas un mois.

Suivant cette directive, tout salarié devrait donc disposer d'un contrat de travail ou autre document écrit, lui permettant de connaître concrètement ses conditions de travail et de retracer l'existence du contrat de travail.

Ce qui importe dans le cadre d'un détachement pour le pays d'accueil, c'est de pouvoir vérifier si le travailleur est lié par un contrat de travail au prestataire de service et de pouvoir prendre connaissance des éléments essentiels relatifs aux conditions de travail, afin de pouvoir apprécier si les règles nationales de droit du travail considérées d'ordre public dans le pays d'accueil (celles résultant notamment de la transposition de la directive détachement – articles 3.1. et 3.10 de la directive 96/71/CE –) sont le cas échéant respectées par les conditions de travail nationales du pays d'origine.

Le problème doit ainsi être résolu au niveau des modalités de contrôle de l'ITM. En effet, afin de permettre un contrôle effectif par l'ITM, certains documents permettant la vérification des conditions de travail (contrat de travail, décompte d'heures, copie des fiches de paie, etc.) doivent être tenus à disposition sur le chantier ou le lieu de la prestation de services. Une telle disposition est contenue dans la loi allemande relative au détachement de travailleurs et l'Allemagne n'a pas fait l'objet d'une condamnation sur ce point.

La CEP•L marque son accord avec la modification proposée par le Gouvernement, sachant que ce sera au niveau des modalités de contrôle de l'ITM que le respect des dispositions de la directive 91/533/CE sera effectué.

2.1.3. Salaire social minimum et adaptation automatique de la rémunération à l'évolution du coût de la vie

26.2. En ce qui concerne les dispositions nationales d'ordre public concernant le salaire social minimum et l'adaptation automatique de la rémunération à l'évolution du coût de la vie, la Commission dans son recours avait contesté le fait que l'indexation au Luxembourg concerne l'ensemble des rémunérations, y compris les salaires qui ne relèvent pas de la catégorie des salaires minimaux.

L'arrêt du 19 juin 2008 ne conteste pas dans son entier le système national de l'indexation automatique des salaires. La Cour condamne le Luxembourg parce qu'elle prévoit une indexation de l'ensemble des rémunérations et non pas seulement une indexation des salaires minimaux comme il est prévu à l'article 3 paragraphe 1 de la directive 96/71. L'obligation pesant sur les entreprises détachantes de se conformer à la législation luxembourgeoise relative à l'indexation automatique des salaires constitue, selon la CJCE, une entrave à la libre prestation de services en ce qu'elle vise l'ensemble des salaires et pas uniquement les salaires minimaux.

Suivant la CJCE, l'Etat souhaitant déroger au principe de la libre prestation des services doit fournir une analyse de l'opportunité et de la proportionnalité de la mesure restrictive adoptée, ainsi que des éléments précis permettant d'étayer son argumentation. Or, suivant la Cour, le Luxembourg n'a pas présenté une telle analyse, mais 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.

La CJCE en conclut que le Luxembourg n'a pas démontré à suffisance de droit en quoi les dispositions de l'actuel article L.010-1 (1) 2. du code du travail relèvent de dispositions d'ordre public au sens de l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de la directive 96/71.

Pour remédier au problème, le Gouvernement propose de séparer l'actuel point 2 de l'article L. 010-1 (1) 2. (salaires minima et indexation) en deux points distincts, le premier point ayant trait aux salaires minima, le second à l'indexation.

Le texte précisera désormais que le caractère d'ordre public est attaché aux salaires minima légaux et conventionnels tels que fixés par conventions ou arbitrages respectivement accords du dialogue social interprofessionnel, tous ces documents devant être déclarés d'obligation générale.

Le Gouvernement entend expressément maintenir l'indexation automatique des salaires dans le texte comme faisant partie des dispositions d'ordre public social national. Mais afin de rendre conforme le droit luxembourgeois aux restrictions imposées par l'arrêt de la CJCE, l'indexation automatique des salaires ne sera applicable, pour les travailleurs détachés, qu'aux taux de salaire minima légaux ou conventionnels.

La CEP•L estime que la formule employée par le Gouvernement présente plusieurs faiblesses:

- Contrairement à la formule proposée par les syndicats, celle du gouvernement ne permet pas de couvrir l'indexation de tous les salaires. Sont exclus ceux qui dépassent le seuil des salaires minimaux fixés par la loi ou par une convention collective déclarée d'obligation générale.
- Le fait de ne pas accorder le bénéfice de l'indexation des salaires aux travailleurs détachés au-delà des seuils de salaires minimaux fixés par la loi ou par une convention collective déclarée d'obligation générale, enlève à notre avis le caractère d'ordre public à la règle en question. Une règle d'ordre public a justement pour vocation de s'appliquer à toute situation de travail qui se déroule sur le territoire national.
- Légiférer de la sorte n'est pas envisageable alors qu'une telle distinction est constitutive d'une inégalité de traitement et favorise par ailleurs le dumping social. L'indexation automatique des salaires favorise la paix et la justice sociale à travers l'égalité de traitement entre les salariés d'un point de vue de leurs rémunérations, passant par une égalité tant entre les salariés de l'Etat d'accueil et les salariés détachés qu'entre les salariés du marché national. Toute avancée sociale doit bénéficier à l'ensemble des salariés sans distinction. L'augmentation du salaire qui résulte de l'indexation est fixée sur base de critères généraux et objectifs (variation du coût de la vie, art. L. 223-1 code du travail) applicables à tous et non pas des critères de compétences ou de mérite applicables aux salariés de manière discrétionnaire. Ainsi est-il juste que tous les salaires même les salaires au-dessus du seuil minimal soient indexés de la même manière. Une indexation des seuls salaires minimaux serait discriminatoire envers les salariés rémunérés à un niveau au-dessus du salaire minimum.

La législation belge prévoit aussi l'indexation automatique des salaires qu'elle applique aux travailleurs détachés en tant qu'il s'agit d'une disposition d'ordre public. La Belgique, pour appliquer cette disposition aux travailleurs détachés, a fait usage de la possibilité offerte aux Etats membres à l'article 3.10 de la directive 96/71 en vertu de laquelle *„la présente directive ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres, dans le respect du traité, imposent aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres Etats, d'une façon égale: – des conditions de travail et d'emploi concernant les matières autres que celles visées au paragraphe 1 premier alinéa, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public [...]“*. En effet la loi Belge relative au détachement de travailleurs prévoit expressément que seront applicables aux travailleurs détachés en Belgique *„les conditions de travail, de rémunération et d'emploi qui sont prévues par des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles sanctionnées pénalement“*. Par conditions de rémunération, la Belgique vise les rémunérations, avantages et indemnités dues en vertu des conventions collectives de travail rendues obligatoires par arrêté royal, à l'exclusion des contributions à des régimes complémentaires de retraite professionnels ainsi que les allocations directement liées au détachement dans la mesure où elles sont versées à titre de dépenses effectivement encourues à cause du détachement.

Du fait de la formulation adoptée par le législateur belge dans la loi de transposition de la directive 96/71, soit *„les conditions de rémunérations qui sont prévues par des dispositions légales, réglementaires ou conventionnelles sanctionnées pénalement“*, les salariés détachés bénéficient également de cette indexation.

A ce jour la Belgique n'a pas été citée par la Commission devant la Cour dans le cadre d'un recours en manquement.

La solution belge est transposable au Luxembourg.

La CEP•L demande au législateur, sous peine de ne pas marquer son accord au présent projet de loi, d'amender le projet de loi de sorte à reformuler l'article L.010-1 point 1 de la manière suivante:

„à toutes les conditions de rémunération dont le non-respect est sanctionné pénalement.“

Cette formulation permet de donner un caractère d'ordre public à toutes les dispositions nationales en matière de salaire social minimum, aux taux minima résultant de conventions collectives déclarées d'obligation générale, ainsi qu'à l'indexation de toutes les rémunérations.

Le non-respect de l'indexation automatique de l'ensemble des salaires est en effet pénalement sanctionné au Luxembourg. L'article L. 223-3 du code du travail dispose que „les employeurs qui ont versé des salaires et traitements inférieurs aux taux applicables en vertu des dispositions du présent chapitre sont passibles d'une amende de 251 à 25 000 €“. Le caractère pénal de la disposition litigieuse corrobore son caractère d'ordre public.

2.1.4. Réglementation du travail à temps partiel et à durée déterminée

26.3. Quant aux dispositions nationales d'ordre public concernant la réglementation du travail à temps partiel et à durée déterminée:

Etant donné que des directives existent dans ces domaines, la Cour a estimé qu'il appartient à chaque Etat membre de mettre en oeuvre les dispositions législatives, réglementaires et administratives nécessaires pour se conformer à ces directives.

L'Etat membre dans lequel l'entreprise désirent détacher des travailleurs au Luxembourg est établie, doit donc vérifier l'application des directives travail à temps partiel et travail à durée déterminée par l'entreprise établie sur son territoire. De ce fait l'exigence nationale luxembourgeoise en question ferait double emploi avec cette obligation issue de l'Etat d'origine.

Le Gouvernement entend se conformer à la décision de la CJCE en supprimant les dispositions relatives au travail à temps partiel et au travail à durée déterminée de la liste des règles d'ordre public.

Eu égard à la décision de la CJCE, la CEP•L est aussi d'avis qu'il serait dangereux de proposer le maintien des dispositions d'ordre public du point 8 de l'article L. 010-1 du Code du travail relatifs au travail à temps partiel et travail à durée déterminée. A terme, il faudrait néanmoins agir au niveau européen pour que la législation européenne mette les valeurs sociales au moins au même plan que les valeurs économiques.

Précisons que les règles relatives à la durée de travail du travailleur à temps partiel restent couvertes par le point 3 de l'article L. 010-1(1) du code du travail (dispositions nationales relatives à la durée du travail).

En ce qui concerne le contrat de travail à durée déterminée, la nouvelle disposition relative à la limitation des situations de détachement dans le temps (voir point 27 ci-dessous) devrait contribuer à pallier la lacune engendrée par la suppression des dispositions relatives au travail à durée déterminée.

2.1.5. Conventions collectives de travail

26.4. Quant dispositions d'ordre public résultant de conventions collectives de travail:

Selon la CJCE:

- rien ne justifie que les dispositions ayant trait aux conventions collectives de travail, à savoir celles qui encadrent l'élaboration et la mise en oeuvre, puissent, sans autre précision, relever de la notion d'ordre public;
- les contenus même des conventions collectives de travail ne sauraient non plus relever d'une telle notion, dans leur ensemble; la permission donnée aux Etats membres par l'article 3, paragraphe 10, second tiret, de la directive 96/71/CE se rapporte exclusivement aux conditions de travail et d'emploi fixées par des conventions collectives déclarées d'application général. Or, les dispositions nationales viseraient expressément les simples conventions collectives de travail, donc non déclarées d'obligation générale.

Le Gouvernement entend se conformer à la décision de la CJCE en supprimant les dispositions litigieuses de la liste des règles d'ordre public.

La CEP•L préconise une autre solution, permettant à notre droit social de faire, du moins en ce qui concerne les relations collectives de travail, un pas en avant, plutôt que de régresser.

L'article 3 point 10 2ème tiret de la directive 96/71/CE permet aux Etats membres d'imposer tout le contenu des conventions collectives déclarées d'obligation générale.

L'article 3 §10 de la directive énonce en effet que „la présente directive ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres, dans le respect du traité, imposent aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres Etats, d'une façon égale:

- *des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées au paragraphe 1 premier alinéa, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public;*
- *des conditions de travail et d'emploi fixées dans des conventions collectives ou sentences arbitrales au sens du paragraphe 8 et concernant des activités autres que celles visées à l'annexe.*

Les „conventions collectives ou sentences arbitrales au sens du paragraphe 8“ sont des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale.

Suivant l'article 3 §8 de la directive, des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale sont des conventions collectives ou des sentences arbitrales qui doivent être respectées par toutes les entreprises appartenant au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territoriale de celles-ci.

La directive ne limite donc pas l'application aux salariés détachés des dispositions issues de conventions collectives aux seules matières visées par la directive dans son article 3.1., mais permet de viser tout le contenu des conventions collectives d'application générale.

La CEP•L propose ainsi d'ajouter un nouveau paragraphe 2 à l'article L.010-1 du code du travail libellé comme suit „Sont en outre à considérer comme des dispositions de police et partant des dispositions d'ordre public applicables à tous les travailleurs exerçant une activité sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, y compris ceux qui font l'objet d'un détachement temporaire tel que défini à l'article L. 141-1 (3), toutes les conditions de travail et d'emploi non visées par le paragraphe qui précède fixées dans des conventions collectives déclarées d'obligation générale, ainsi que dans des accords en matière de dialogue social interprofessionnel déclarés d'obligation générale.“

Alors que le paragraphe 1 de l'article L.010-1 couvre toutes les dispositions consacrées par convention collective déclarée d'obligation générale, le paragraphe 2 du même article couvrirait désormais toutes les autres dispositions consacrées par une telle convention.

La CEP•L propose en outre d'étendre le texte aux accords en matière de dialogue social interprofessionnel déclarés d'application générale. Un tel accord doit en effet être assimilé à une convention collective déclarée d'application générale au sens de l'article 3 point 8 directive 96/71/CE du fait qu'il couvre suivant la loi toutes les entreprises légalement établies sur le territoire national et les salariés y employés. Il a donc une portée générale.

En sus du fait que les dispositions issues d'accords en matière de dialogue social interprofessionnel ont une valeur identique à celles issues de conventions collectives déclarées d'application générale, elles sont d'autant plus importantes qu'elles reflètent bien souvent la transposition d'accords intervenus sur le plan européen entre partenaires sociaux.

Au Luxembourg de tels accords, fruit des négociations entre partenaires sociaux, ont été élaborés au cours des dernières années.

2.2. Modifications concernant la législation détachement

2.2.1. Définition du détachement

27. Le Gouvernement propose d'abord d'insérer les situations de détachement dans un cadre plus précis:

Ainsi le détachement doit avoir lieu dans le cadre d'un contrat de prestations de services portant sur un objet ou une activité précise limitée dans le temps et prenant fin avec l'exécution de l'objet du contrat. Son objet ne doit pas rentrer dans les activités habituelles ou normales pouvant être effectuées ou effectuées habituellement ou normalement par le personnel permanent propre de l'entreprise faisant appel au détachement.

Sera travailleur détaché, tout travailleur travaillant habituellement à l'étranger et qui exécute son travail sur le territoire du Grand-Duché de Luxembourg, pendant la durée limitée déterminée par l'exécution de la prestation de services précise pour laquelle le contrat de prestations services au sens du paragraphe a été conclu, avec la limite maximale fixée par l'article 6 du code des assurances sociales.

Par le biais de la référence aux dispositions de la sécurité sociale, le détachement sera donc limité à 12 mois, avec un possible renouvellement de 12 mois.

La CEP•L approuve ces nouvelles dispositions qui correspondent à la proposition syndicale.

Les règles de droit du travail sont harmonisées avec les règles de la sécurité sociale en ce qui concerne la durée du détachement. L'idée de limiter le détachement dans le temps en droit du travail comme en sécurité sociale, est inspirée de la législation belge.

Alors que le Luxembourg est tenu, en raison de la décision de la CJCE du 19 juin 2008, de supprimer le point 8 de l'article L.010-1 du code du travail relatif au contrat de travail à durée déterminée, il s'impose en effet de limiter la durée du détachement en droit du travail.

Cela permettra d'assurer l'égalité de traitement des prestataires nationaux et étrangers et aussi des salariés nationaux et étrangers en matière de travail à durée déterminée:

- du point de vue de l'égalité de traitement entre prestataires nationaux et étrangers: Illustrons cette problématique au moyen d'un exemple. Prenons le cas d'un prestataire étranger soumis à une législation de travail plus souple permettant de conclure des contrats de travail à durée déterminée pour une durée nettement supérieure comparée à notre législation nationale. Du fait de la suppression du point 8 de l'article L.010-1 du code du travail, ce prestataire ne sera plus tenu de respecter la limite nationale de 2 ans en matière de contrat de travail à durée déterminée. Il sera ainsi favorisé face à un prestataire national soumis à la législation nationale plus stricte. L'inégalité de traitement est manifeste. Or rappelons que l'article 50 du traité CE concernant la libre prestation de services stipule que „*le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que ce pays impose à ses propres ressortissants*“. C'est donc dans le pays de la prestation que prestataires étrangers et nationaux doivent être traités de manière identique.
- du point de vue de l'égalité de traitement entre salariés nationaux et étrangers: il existe le risque d'un recours abusif à des travailleurs détachés, même pour des travaux où le recours à des travailleurs nationaux serait possible, mais moins intéressant. Ainsi en optant pour l'„*embauche*“ d'un salarié détaché émanant d'un pays où la législation en matière de travail est plus souple, l'employeur national aura une plus grande marge de manoeuvre. Ce qui l'incitera à donner la préférence à un salarié détaché plutôt qu'un salarié national. Plutôt que d'embaucher un salarié, il aura recours à un prestataire de service étranger pour finalement faire effectuer le travail par des salariés détachés dans le cadre du contrat d'entreprise qu'il va conclure avec le prestataire étranger.

S'ajoute que les salariés détachés sous contrat de travail à durée déterminée soumis à une législation nationale plus souple que la législation luxembourgeoise, seront le cas échéant aussi traités de manière moins favorable que les salariés nationaux, mis dans des situations identiques. Une telle inégalité de traitement des travailleurs est contraire à l'article 39-2 du Traité CE qui énonce que „*La libre circulation des travailleurs implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail*“.

Il existe donc un risque de discrimination à rebours des entreprises établies au Luxembourg, un risque de dumping social entraînant des effets négatifs sur le marché du travail.

Un moyen d'éviter de tels abus est de fixer une durée maximale au détachement. Ainsi conformément aux dispositions de droit international privé, après la période limite de détachement telle que fixée dorénavant par la loi, ces salariés seront alors considérés comme exerçant leur travail habituellement au Luxembourg, et la loi luxembourgeoise s'appliquera alors d'office.

La CEP•L approuve donc entièrement la limitation dans le temps du détachement.

La proposition de texte gouvernementale présente en outre l'avantage d'insérer les situations de détachement dans des conditions très précises:

- le détachement doit avoir lieu dans le cadre d'un contrat de prestation de services portant sur un objet ou une activité précise limitée dans le temps et prenant fin avec l'exécution de l'objet du contrat.
- l'objet du contrat de prestation de services ne doit pas rentrer dans les activités habituelles ou normales de l'entreprise pouvant être effectuées ou effectuées habituellement ou normalement par le personnel permanent propre de l'entreprise faisant appel au détachement.

2.2.2. Moyens de contrôle

28. En ce qui concerne les moyens de contrôle des situations de détachement:

A ce jour, l'article L.142-2 du code du travail impose à l'entreprise établie à l'étranger et qui fait travailler des salariés sur le territoire national, de rendre accessible à l'ITM, avant le commencement des travaux, sur simple demande et dans le plus bref délai possible, les indications essentielles à un contrôle et concernant notamment, l'identité des travailleurs, leur qualification, la qualité dans laquelle ils sont engagés, leur occupation régulière, leur domicile ou résidence habituelle, le cas échéant leur autorisation de séjour et leur permis de travail, le ou les lieux de travail au Luxembourg, la durée des travaux, les documents relatifs à l'assurance sociale des travailleurs, une copie du contrat de travail ou du document établi en vertu de la directive 91/533/CE.

Face à ces règles, la CJCE dans son arrêt du 19 juin 2008 est d'avis que:

- la procédure de déclaration préalable que doit suivre une entreprise souhaitant effectuer un détachement sur le territoire luxembourgeois n'est pas dénuée d'ambiguïtés;
- ces ambiguïtés sont susceptibles de dissuader les entreprises désirant détacher des travailleurs au Luxembourg d'exercer leur liberté de prestation de services, alors que l'étendue des droits et des obligations de ces entreprises ne résulte pas précisément de la loi et d'autre part, les entreprises n'ayant pas observé les obligations prévues par la loi encourent des sanctions non négligeables;
- par conséquent, la procédure de déclaration préalable, en raison de cette ambiguïté et absence de clarté, est incompatible avec l'article 49 CE.

28.1. Le Gouvernement entend remédier aux reproches de la Cour en remplaçant cette obligation de mise à disposition préalable, par une obligation de déclaration dès le commencement des travaux.

La CEP•L estime que le Gouvernement pourrait maintenir l'obligation d'information préalable.

Ce n'est en effet pas le caractère préalable de la déclaration qui est remis en cause, mais le fait que la procédure ne soit pas claire et de surcroît assortie de sanctions.

Contrairement à un contrôle préalable, une déclaration préalable d'une situation de détachement est considérée comme légitime par la CJCE (voir arrêt du 19 janvier 2006 dans l'affaire Commission/Allemagne C-244/04).

Précisons encore dans ce contexte que la directive 96/71/CE institue le devoir de contrôle par les autorités nationales compétentes des conditions de travail et d'emploi visées à son article 3 (soit les prescriptions nationales de l'Etat d'accueil applicables aux travailleurs détachés – prescriptions minimales de la directive et autres règles nationales d'ordre public). Un contrôle doit donc être effectué, mais il ne doit selon la jurisprudence de la CJCE pas être préalable.

La CEP•L demande partant au législateur de maintenir l'obligation de déclaration préalable.

28.2. Le projet de loi prévoit ensuite qu'à compter du jour du commencement du détachement et pendant toute la durée du détachement, en plus des documents nécessaires pour prouver les informations déclarées dès le commencement des travaux, l'entreprise doit s'assurer de la présence dans le pays entre les mains d'une personne physique ou morale qu'elle détermine librement et clairement (cette personne pouvant être le cas échéant un des travailleurs détachés) et ce afin de les rendre accessibles à l'Inspection du travail et des mines, sur simple demande et dans le plus bref délai possible, un certain nombre de documents tels

- une copie du contrat de mise à disposition,
- le certificat de TVA délivré par l'Administration de l'Enregistrement et des Domaines,
- une attestation de conformité à la directive 91/533 CEE du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, telle que transposée par la législation de l'Etat compétent, délivrée par l'autorité de contrôle compétente du pays dans lequel l'entreprise détachante a son siège ou effectue habituellement ses prestations, ou alors, sur demande de l'entreprise détachante la copie du contrat de travail ou des documents visés dans la législation précitée.

La CEP•L marque son accord avec ces dispositions, mais tient à remarquer que la liste gouvernementale ne prévoit pas la mise à disposition de la copie des trois dernières fiches de salaire antérieures au détachement et le cas échéant une copie des fiches de salaire correspondant à la

durée du détachement, les décomptes d'heures de travail et de temps de repos, les informations relatives à la sécurité des travailleurs. Ces pièces sont néanmoins actuellement demandées par l'ITM.

Le gouvernement ne reprend en outre pas le paragraphe 2 de l'article L. 142-3 actuel prévoyant la possibilité pour l'ITM de demander un complément d'information. La CEP•L demande à ce que ces dispositions actuelles soient intégrées dans le projet de loi.

2.2.3. Mandataire „ad hoc“

29. Le texte actuel oblige les entreprises étrangères dont un travailleur est détaché au Luxembourg, de désigner un mandataire „ad hoc“, résidant au Luxembourg chargé de conserver les documents nécessaires au contrôle des obligations incombant auxdites entreprises.

La CJCE dans son arrêt du 19 juin 2008 est d'avis que

- le Luxembourg n'a avancé aucun élément concret au soutien de la thèse selon laquelle seule la conservation des documents en question par un mandataire résidant au Luxembourg permettrait aux autorités compétentes d'effectuer les contrôles qui leur incombent. En tout état de cause, la désignation d'un travailleur présent sur le lieu de la prestation de services afin que soient mis à la disposition des autorités nationales compétentes les documents nécessaires au contrôle constituerait une mesure moins restrictive de la libre prestation des services et tout aussi efficace que l'obligation contestée.
- le système organisé de coopération ou d'échange d'informations entre Etats membres prévu par la directive 96/71 rend superflue la conservation de ces documents dans l'Etat membre d'accueil après que l'employeur a cessé d'y employer des travailleurs.
- une obligation de conservation desdits documents antérieurement au commencement des travaux constitue une entrave à la libre prestation des services qu'il appartiendrait au Luxembourg de justifier par d'autres arguments que de simples doutes quant à l'efficacité du système organisé de coopération ou d'échange d'informations entre Etats membres par la directive 96/71.

Les auteurs du projet de loi proposent de parer aux reproches de la Cour en supprimant l'exigence du mandataire ad hoc.

Désormais l'entreprise détachante devra indiquer dès le commencement des travaux

- l'identité de la personne morale ou physique qui peut être un des travailleurs détachés, qui détiendra pendant la durée du détachement les documents nécessaires au contrôle du respect des conditions de travail, de rémunération et d'emploi et
- l'endroit précis où seront tenus à disposition de l'Inspection du travail et des mines les documents en question.

La CEP•L marque son accord avec cette proposition.

*

UN PAS EN ARRIERE NON SEULEMENT POUR LA LEGISLATION SOCIALE NATIONALE MAIS AUSSI POUR L'EUROPE SOCIALE

30. La CEP•L rappelle d'abord qu'elle n'approuve pas la nouvelle formulation proposée par le Gouvernement pour l'article L. 010-1 point 2. nouveau du code du travail relatif à l'indexation des salaires et qu'elle s'y oppose formellement (voir point 26.2 ci-dessus).

Le texte proposé par le Gouvernement enlève le caractère d'ordre public à notre système d'indexation des salaires pour tous les salaires se situant au-dessus des taux de salaires minimaux légaux ou résultant d'une convention collective déclarée d'obligation générale.

Il engendre en sus une flagrante inégalité de traitement des travailleurs détachés rémunérés au-dessus des taux de salaires minimaux comparés à des travailleurs nationaux.

La CEP•L demande par conséquent formellement au Gouvernement d'amender le texte.

Elle rappelle qu'elle propose de remplacer le texte proposé par le Gouvernement pour l'article L. 010-1 point 1 et 2 par la formulation suivante:

„à toutes les conditions de rémunération dont le non-respect est sanctionné pénalement.“

Ce texte constituerait ainsi l'article L. 010-1 point 1.

La CEP•L ne marque son accord au projet de loi avisé que sous condition que le projet soit amendé en ce sens.

31. La CEP•L déplore en outre que le Gouvernement n'ait pas défendu avec plus d'ardeur le présent dossier au cours de la procédure judiciaire européenne.

Le Gouvernement écrit dans son exposé des motifs „Le Gouvernement était conscient qu'une condamnation de la Cour européenne était possible. Il a préféré cette éventualité, alors qu'elle lui permettait, comme le démontrent les faits actuels, de thématiser au plus haut niveau le problème philosophique et juridique de base consistant dans le heurt juridique entre libertés fondamentales du Traité et droits fondamentaux des travailleurs. C'est cette réaction vigoureuse du Gouvernement luxembourgeois suite à l'arrêt qui a permis de thématiser au plus haut niveau politique cette dichotomie, les arrêts litigieux causant d'ailleurs des oppositions sérieuses de la part des syndicats européens face à l'évolution douteuse des éléments sociaux de la construction européenne.

Le Luxembourg a réussi à provoquer un débat lors de la réunion informelle des Ministres du Travail et de l'Emploi de l'Union européenne de Chantilly en juillet 2008, et a réussi à convaincre la Commission de la nécessité de la mise en place d'un colloque juridico-politique de très haut niveau qui aura lieu en octobre 2008 à Bruxelles et portera exactement et exclusivement sur la problématique sous jacente à l'arrêt de la CJCE. De même d'ailleurs qu'aux arrêts Rüffert, Laval et Viking qui entrent dans le même sujet.

Le Gouvernement préfère cette approche comme étant politiquement plus porteuse, voire, – sous toutes réserves, alors que les points de vue au sein de l'Union européenne ne sont de loin pas convergents en la matière, – comme pouvant aboutir à une discussion approfondie sur le sujet de l'avenir de l'Europe sociale, si ce n'est de l'application future de la Directive 96/71.

La négociation avec la Commission et le ralliement a priori à sa position telle qu'exprimée dans son recours devant la Cour européenne aurait été la voie facile, mais politiquement certainement incorrecte.“

La CEP•L a du mal à suivre le raisonnement du Gouvernement alors qu'elle comprend mal en quoi plus d'arguments au cours de la procédure contentieuse auraient été préjudiciables à une discussion au niveau européen.

En attendant le Luxembourg est néanmoins obligé de modifier sa conception de l'ordre public social.

Le Gouvernement se doit maintenant de tenir parole et d'engager de manière efficiente les discussions européennes dans le sens de l'Europe sociale.

Luxembourg, le 18 novembre 2008

Pour la Chambre des Employés privés,

Le Directeur,
Norbert TREMUTH

Le Président,
Jean-Claude REDING