

Peut-on faire un usage abusif de son droit à la libre prestation de services dans le cadre de l'application de la directive 96/71 CE ?

Abus de droit, nouvelle manière de prendre en compte les droits sociaux dans le contexte libéral du Marché commun ?

Mémoire réalisé par
Aude TILLIER

Promoteur(s)
Pierre-Paul VAN GEUCHTEN

Année académique 2014-2015
Master en droit

Plagiat et erreur méthodologique grave

Le plagiat entraîne l'application des articles 87 à 90 du règlement général des études et des examens de l'UCL.

Il y a lieu d'entendre par « plagiat », l'utilisation des idées et énonciations d'un tiers, fussent-elles paraphrasées et quelle qu'en soit l'ampleur, sans que leur source ne soit mentionnée explicitement et distinctement à l'endroit exact de l'utilisation.

La reproduction littérale du passage d'une oeuvre, même non soumise à droit d'auteur, requiert que l'extrait soit placé entre guillemets et que la citation soit immédiatement suivie de la référence exacte à la source consultée.*.

En outre, la reproduction littérale de passages d'une oeuvre sans les placer entre guillemets, quand bien même l'auteur et la source de cette oeuvre seraient mentionnés, constitue une erreur méthodologique grave pouvant entraîner l'échec.

* A ce sujet, voy. notamment <http://www.uclouvain.be/plagiat>.

REMERCIEMENTS

J'aimerais tout d'abord remercier mon promoteur, Monsieur Van Gehuchten pour ses conseils, sa disponibilité, sa compréhension, et ses encouragements. Mais aussi pour avoir fait preuve d'une grande humanité lors de nos entretiens

Je tiens aussi à remercier Monsieur Fallon, pour son cours intitulé « Libre circulation des marchandises, services, et capitaux dans l'Union européenne » qui m'a guidé tout au long de ma réflexion.

Ensuite je voudrais remercier Antonio Fernandes, pour sa présence constante, ses encouragements, et sa confiance aveugle en mes capacités.

Je voudrais également remercier Vinciane Tillier pour avoir accepté de m'aider dans le processus de relecture de ce travail.

Et enfin je souhaite remercier mon père, Pierre Tillier, qui malgré son décès récent m'a toujours poussée à donner le meilleur de moi-même, à me battre et à rester concentrée sur mes objectifs.

TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS	3
TABLE DES MATIERES	4
INTRODUCTION :	6
TITRE I : LES LIBERTES DE CIRCULATIONS : APPROCHE HISTORIQUE, DE LA LIBERALISATION A LA NAISSANCE DES TENSIONS.	9
Chapitre 1 : bref rappel historique – La construction Européenne.....	9
a) Contexte historique et Traité CECA.	9
b) Le Traité de Rome.	11
Chapitre 2 : Libertés de circulation et intérêts conflictuels.....	13
a) Apparition des premières tensions.	13
b) La jurisprudence <i>Viking, Laval, Rüffert</i> et <i>Luxembourg</i> , illustration du conflit entre droits sociaux et libertés communautaires.	16
TITRE II : LA PROBLEMATIQUE DU DETACHEMENT DES TRAVAILLEURS	21
Chapitre 1 : Le détachement des travailleurs, inexorablement lié à la libre prestation des services.	22
a) L'arrêt <i>Rush Portuguesa</i>	22
b) La situation après <i>Rush Portuguesa</i>	24
Chapitre 2 : La réponse législative au repli des Etats Membres face à la concurrence de nouveaux adhérents.....	26
a) Contenu de la directive 96/71	26
b) Application des dispositions de la directive 96/71	29
TITRE III : L'ABUS DE DROIT ALTERNATIVE A LA DIRECTIVE 96/71. ..	33
Chapitre 1 : Reconnaissance de la notion d'abus de droit en droit Européen.....	35
a) De quelles circonstances l'abus de droit naît-il ?	35
b) Définition, contenu de la notion d'abus de droit.....	37

Chapitre 2 : Evolution de la notion d’abus de droit en droit européen.....	39
a) Première approche de l’abus de droit par la Cour.....	40
b) Seconde tentative de la Cour d’endiguer les comportements abusifs, la théorie des raisons impérieuses d’intérêt général	41
c) La théorie des raisons impérieuses d’intérêt général, redéfinie par la Cour	45
d) La clarification des conditions d’abus de droit, adoption de la notion en droit européen	47
Chapitre 3. Quelles sont les conséquences de la reconnaissance d’un principe général ?	50
Chapitre 4 : La possibilité d’une application de la théorie d’abus de droit à notre problématique.....	54
CONCLUSION	58
BIBLIOGRAPHIE.....	62
Législation.....	62
Jurisprudence.....	63
Doctrines.....	64

INTRODUCTION :

Dans un contexte de développement constant du marché commun, l'Union européenne est de plus en plus présente dans le quotidien de ses citoyens. Rien n'est plus pensé à l'échelle de l'Etat mais bien à celle de la Communauté. Les relations de travail ont évolué et sont désormais empreintes d'une dimension internationale indéniable.

Les libertés de circulation sont depuis toujours les outils de l'intégration économique européenne, objectif ultime de la communauté depuis son origine. Cependant leur application soulève actuellement de nombreuses questions qui n'entraient pas en ligne de compte il y a de cela une vingtaine d'années, lorsque l'Union européenne n'était alors qu'une organisation au but purement économique. Désormais la donne a changé et la Communauté se veut être une organisation internationale d'intégration qui prend en compte la vie en son sein et ce, sous tous ses aspects, y compris sociaux, comme en témoigne la création du statut de citoyen européen¹. De cette volonté de couvrir des domaines de plus en plus larges et variés découlent de nombreuses questions, incertitudes, voire même quelques contradictions.

Nous allons nous intéresser plus particulièrement aux questions que soulève l'internationalisation progressive du travail, et le développement de la pratique du détachement des travailleurs. Cette pratique, consiste au déplacement d'un ou de plusieurs travailleurs vers un pays d'accueil, pour une période limitée, et dans lequel le travailleur prestera un service pour le compte de son employeur habituel², le revers de ce type de

¹ Notion introduite par le Traité de Maastricht, art. 18 CE ; C. MARZO, « diversité, cohérence et hiérarchie des politiques et actions intra-communautaires: l'exemple de la libre circulation des personnes et de la citoyenneté européenne », *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, sous la dir. de V. MICHEL, Strasbourg, presses universitaires de Strasbourg, 2009, p.370 : « la citoyenneté ne serait pas seulement politique, mais aussi humaine (...) »

² Directive 96/71/CE du parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *J.O.C.E*, L 018, 21 janvier 1997 p. 1 à 6, art. 2, para 1 : « Aux fins de la présente directive, on entend par travailleur détaché, tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un

pratiques étant la création d'une importante disparité concurrentielle envers les travailleurs du pays d'accueil. Le détachement des travailleurs est un thème rapidement devenu problématique pour les Etats membres. De plus, il s'agit d'un thème délicat, comme le reste invariablement tout ce qui touche à la limitation des libertés de circulation.

Nous utiliserons cette hypothèse de détachement de travailleurs afin de nous pencher sur une question plus profonde qui est celle de la confrontation de la liberté de prestation de services avec les droits des travailleurs, ou plus largement, la confrontation d'une Europe économique et d'une Europe sociale.³.

Notons que la liberté de prestation de services peut être utilisée à bien des égards pour contourner diverses règles⁴, et si notre raisonnement au cours de ce travail portera principalement sur la relation entre la libre prestation de services et le droit des travailleurs, il est tout à fait possible de reporter ce raisonnement à d'autres types de règles.

Notre réflexion nous amènera dans un premier titre à nous questionner sur le rôle des libertés de circulation ainsi que sur les tensions que celles-ci peuvent générer entre les Etats, prestataires de services et de travailleurs aux intérêts différents voire contradictoires. Nous commencerons donc par un tour d'horizon de la création européenne, et des grands principes qui ont présidé à sa conception. Nous verrons ensuite l'évolution de l'organisation et de son idéologie, la menant inexorablement à prendre en compte d'autres intérêts que celui de la dimension économique.

Dans un second titre, nous constaterons l'effort législatif de l'Union, en réponse à la naissance de la nouvelle problématique du détachement des travailleurs, et nous

Etat membre autre que l'Etat sur le territoire duquel il travaille habituellement. »

³ A. ROSAS, « Les travailleurs détachés dans l'espace social européen – la jurisprudence récente », *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins : mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, sous la coord. de V. KRONENBERGER, M. T. D'ALESSIO, V. PLACCO, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 390

⁴ A.-L. SIBONY, « Libre prestation de services et droit d'établissement : les stratégies des entreprises », *L'unité des libertés de circulation: In varietate concordia?*, sous la dir. de E. DUBOUT & A. MAITROT DE LA MOTTE, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 259

analyserons dans quelle mesure cette régulation permet d'améliorer les droits des travailleurs détachés.

Enfin dans un troisième titre, nous tenterons de définir si la théorie de l'abus de droit serait applicable à notre hypothèse de travail, et dans quelle mesure celle-ci permettrait de restreindre la liberté de prestation des services d'un opérateur économique lorsque celui-ci détache des travailleurs dans des conditions jugées anormales.

TITRE I : LES LIBERTES DE CIRCULATIONS : APPROCHE HISTORIQUE, DE LA LIBERALISATION A LA NAISSANCE DES TENSIONS.

Dans ce premier titre, nous allons aborder brièvement l’histoire de la construction européenne. D’abord, nous allons rappeler les objectifs des grandes libertés de circulation, ainsi que leur place dans la création d’une institution en faveur de la paix. Ensuite nous envisagerons les tensions et incertitudes qui sont apparues en raison de la nature économique prépondérante des premiers Traités, et nous verrons à quelles conséquences ces tensions ont mené dans la matière cruciale de la mobilité de la main d’œuvre au sein de l’espace européen.

Chapitre 1 : bref rappel historique – La construction Européenne.

a) Contexte historique et Traité CECA.

Dans un contexte de globalisation qui remet sérieusement en question les modèles de gouvernance jusqu’alors établis, la guerre 40-45 sonne le glas d’une remise en question profonde de la manière d’envisager les relations interétatiques⁵.

Au cours du XXème siècle, le concept de souveraineté de l’Etat et la mentalité empreinte des anciens idéaux quant à la suprématie de certains Etats ‘prestigieux’ du siècle passé, dénotent de plus en plus avec la réalité⁶.

⁵ A. MOREIRA, « Europa: desafios e debilidades », (*repensar a Europa*, Sous la coord. de M.-M.TAVARES RIBEIRO, Coimbra (Portugal), Almedina, 2009, p.71

⁶ *Ibidem*, (v. note n°5)

Il devient évident que le contexte politique délicat de l'époque requiert un nouveau modèle, un nouveau concept normatif de « souveraineté fonctionnelle »⁷ ou « souveraineté coopérative »⁸, lequel anime alors la recherche de nouveaux modèles politiques capables de répondre à ce besoin⁹.

Les Européens veulent alors se mettre à l'abri de nouveaux conflits. Mais l'accalmie n'est que de courte durée, puisque la guerre froide débute bientôt, durant 40 longues années l'Europe est divisée entre l'Est et l'Ouest. Mais cela ne suffit pas à décourager les Créateurs puisque les pays se trouvant en Europe occidentale créent le « Conseil de l'Europe »¹⁰.

En 1950, R. Schuman proposera le, désormais célèbre, plan Schuman pour une collaboration accrue qui inspirera le Traité CECA, « visant à placer (les) industries lourdes du charbon et (de l') acier sous une tutelle commune »¹¹. Aucun Etat partie¹² n'est plus autorisé à fabriquer ses propres armes de guerre pour les diriger contre les autres¹³.

Etant donné le succès du Traité CECA, les Six¹⁴ élargissent leur coopération à d'autres secteurs économiques. Le Traité de Rome est signé en 1957. Il « crée la Communauté économique européenne (CEE), ou « marché commun », dont l'objectif est la libre circulation des personnes, des marchandises et des services entre les Etats membres »¹⁵.

⁷ *Ibidem*, (v. note n°5)

⁸ *Ibidem*, (v. note n°5)

⁹ *Ibidem*, (v. note n°5)

¹⁰ X., « Une Europe en paix – Les débuts d'une coopération », disponible sur http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/index_fr.htm

¹¹ *Ibidem*, (v. note n°10)

¹² Les six pays fondateurs sont l'Allemagne, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg et les Pays-Bas.

¹³ *Ibidem*, (v. note n°10)

¹⁴ V. note n°12

¹⁵ *Ibidem*, (v. note n°10)

b) Le Traité de Rome¹⁶.

Le Traité de Rome est entré en vigueur depuis plus d'un demi-siècle, et les constructions juridiques créées à cette occasion semblent aujourd'hui acquises et inaltérables, tel est le cas du marché commun et des libertés de circulation qui en constituent l'« ossature »¹⁷.

Cependant, rappelons-nous que les négociations menant à l'adoption du Traité de Rome n'ont pas été un long fleuve tranquille. Le projet fédérateur doit rassembler de grandes Nations dont les points de vue sont divergents, n'ayant pas les mêmes intérêts ni les mêmes objectifs. Les dispositions relatives aux libertés de circulation reflètent bien le processus de négociation et à certaines occasions, les oppositions entre les Etats¹⁸.

Afin de concilier les points de vue dans le plus grand nombre de domaines, de longues négociations furent entamées, ne menant qu'à la rédaction de grands principes ainsi qu'à une formulation relativement évasive des libertés de circulation, ouvrant un vaste champ de possibles quant à leur interprétation¹⁹.

L'écriture du Traité de Rome est à l'époque orientée vers un objectif principal : le marché commun. Il s'agit en réalité d'un objectif principalement politique²⁰. Puisque les Etats ont des points de vue, des méthodes, et des attentes extrêmement variées, il faut un objectif qui soit suffisamment fédérateur que pour les rassembler autour d'un objectif commun. Il s'agira du marché commun : « (l)a création du marché commun apparaît comme suffisamment fédérateur pour obtenir l'accord de l'ensemble des Etats sur la poursuite de l'intégration Européenne et, en même temps, suffisamment imprécis pour rassembler des projets contradictoires »²¹.

¹⁶ Traité Instituant la Communauté européenne, signé à Rome le 25 mars 1957.

¹⁷ S. DE LA ROSA, « L'écriture des libertés de circulation », *L'unité des libertés de circulations in varietate concordia ?*, sous la dir. de E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.9.

¹⁸ S. DE LA ROSA, *op. cit.*, (v. note n°17), p.11

¹⁹ *Ibid.*, (v. note n°18)

²⁰ S. DE LA ROSA, *op. cit.*, (v. note n°17), p.17

²¹ *Ibidem*, (v. note n°20)

L'idée est de créer une large unité de production, comme l'indique le rapport Spaak : « l'objet du marché commun Européen doit être de créer une vaste zone de politique économique commune, constituant une unité de production et permettant une expansion continue, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et le développement de relations harmonieuses entre les Etats. (...) Pour atteindre ces objectifs, une fusion des marchés séparés est une nécessité absolue »²².

L'objectif ultime paraît donc très clair dès le départ, on amorce la création d'une organisation principalement économique, basée sur la coopération et l'interdépendance de ses membres²³. Cependant les moyens de parvenir concrètement à ces objectifs restent flous, laissant carte blanche à toutes les pratiques qui pourraient permettre à terme la création d'un marché unique. Dans ce contexte, aucune limitation ne vient à l'esprit des rédacteurs lorsqu'ils consacrent les libertés de circulation.

Ils n'omettent pourtant pas, dans le préambule du Traité de Rome, de consacrer ses objectifs parmi lesquels on peut lire :

« DÉTERMINÉS à établir les fondements d'une union sans cesse plus étroite entre les peuples européens,

DÉCIDÉS à assurer par une action commune le progrès économique et social²⁴ de leurs pays en éliminant les barrières qui divisent l'Europe,

ASSIGNANT pour but essentiel à leurs efforts l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi de leurs peuples,

(...) »²⁵.

²² *Ibidem*, (v. note n°20); Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, rapport des chefs de délégations aux ministres des affaires étrangères (Rapport Spaak), p.13

²³ S. DE LA ROSA, *op. cit.*, (v. note n°17), p.21

²⁴ Mise en exergue réalisée par l'auteur de ce travail.

²⁵ *Ibidem*, (v. note n° 16), préambule.

Comme on peut le constater, la dimension sociale est mentionnée dans les objectifs du Traité, mais elle n'est que secondaire. La dimension économique prévaut invariablement. D'ailleurs, le Traité de Rome ne regorge pas de dispositions à finalités sociales, puisqu'il n'y en a pour ainsi dire qu'une²⁶, dont la rédaction n'a été motivée que par « des considérations économiques d'égalité des conditions de concurrence entre les Etats membres »²⁷. Il s'agit de l'article 141 CE, qui traite de l'égalité de salaire entre les hommes et les femmes.

L'élaboration d'une politique sociale se fera par la suite, grâce à la rédaction de plusieurs chartes, et à un protocole annexé au Traité de Rome en 1992. Depuis, cette politique s'est considérablement développée, sans pour autant égaler l'importance des objectifs économiques de l'Union²⁸.

Chapitre 2 : Libertés de circulation et intérêts conflictuels.

a) Apparition des premières tensions.

Les libertés de circulation sont emblématiques et fondamentales dans l'ordre juridique européen. Grâce à celles-ci l'ensemble de la construction européenne a pris forme dans un esprit de liberté et de solidarité économique. Et, bien que l'objectif de la « formation d'un espace économique intégré »²⁹ paraissait utopique à certains, il est désormais en grande partie réalisé grâce, notamment, à la Cour de justice et à la conception de la théorie de l'entrave³⁰.

²⁶ Art. 141 CE, relatif à l'égalité de salaire entre les hommes et les femmes.

²⁷ C. MARZO, *op.cit.*, (v. note n°1) p.369

²⁸ *Ibidem*, (v. note n°27).

²⁹ S. DE LA ROSA, *op. cit.*, (v. note n°17), p.38

³⁰ Cette théorie protège les libertés en disciplinant les actions des Etats Membres, confrontés à l'affluence de produits nouveaux sur leur territoire et leur marché. La Cour rappelle qu'il n'est pas permis d'entraver la libre circulation des biens ou des services à moins de justifier de « raisons impérieuses d'intérêt général, par

Cependant les avis sont mitigés à l'époque où l'Europe semble prendre son envol. Ainsi, en 1959, L. Cartou fait cette remarque dans son ouvrage dédié au marché commun : « l'Europe se réduit aujourd'hui aux Traités de Rome, elle est l'œuvre de juristes, d'économistes et de techniciens qui faisant de leur mieux ne pouvaient lui donner que la forme sans la vie, l'Europe qui existe aujourd'hui dans le Traité n'est que l'Europe des statistiques, de la production, de la technique »³¹.

Le manque de proximité avec la réalité « populaire » est pleinement perçu par la doctrine, et « au delà des techniques de réalisation du marché commun élaborées par les experts dans les discussions fermées du comité Spaak, puis dans les négociations de Val Duchesse, c'est bien l'émergence d'un monstre froid qui est soulignée »³². Ainsi, dans la perception de l'époque, le principal risque du Traité est « la primauté donnée à l'économie sur d'autres aspects de l'activité humaine : sans être niés ou exclus, ceux-ci le cèdent au premier but des nouvelles Communautés, qui est de produire des biens matériels et de servir ainsi le "bien être de l'homme". But légitime et nécessaire, mais dont il est à craindre qu'il ne menace plus ou moins gravement l'existence spirituelle de l'homme et certaines conditions de son épanouissement »³³.

La création d'un marché unique renforce les relations concurrentielles entre Etats ; les entreprises nationales en plus d'être soumises à la concurrence interne sont désormais menacées aussi par des entreprises étrangères. Cette libéralisation du marché, porte préjudice à des acteurs plus faibles. Il s'agit d'un débat fondamental qui a toujours influencé l'évolution législative. Ainsi, et même si le rêve d'atteindre la forme d'Organisation Internationale Intégrée pousse l'Europe à prendre en compte de plus en

exemple, pour des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique, et quand celles-ci sont proportionnées. », il appartient alors à la Cour d'apprécier si l'entrave est justifiée. Ce régime que l'on retrouve dans nombre d'arrêts emblématiques, notamment l'arrêt Cassis de Dijon, s'applique aisément à tous types de transactions, tant de bien que de services. Grâce à cette théorie la Cour assoit l'effet direct des libertés de circulation, et de cette façon en garanti l'efficacité ; à ce sujet voir S. DE LA ROSA, *op. cit.*, (v. note n°17), p. 9

³¹ L. CARTOU, *Le marché commun et le droit public*, Paris, Sirey, 1959, p. 191

³² S. DE LA ROSA, *op.cit.*, (v. note n° 17), p.34

³³ S. DE LA ROSA, *op.cit.*, (v. note n°17), p.35, cite E. RIDEAU, *Euratom, Marché commun, et CECA, bilan, espoirs et risques*, Paris, Ed. Ouvrières, 1957, p.118

plus de domaines et à réguler de plus en plus de champs du droit et de la vie en société, « l'Europe sociale a certainement du mal à se mettre en place, et les normes protectrices des travailleurs sont difficiles à imposer »³⁴. Les anciens idéaux libéraux sont bien ancrés, et il s'agit pour la Cour de justice, interprète et gardienne du droit européen, de trouver un équilibre parfois difficile entre les intérêts opposés des différents acteurs sur le marché³⁵. A ce titre, la Cour de Justice a engagé un mouvement, suivi par le législateur vers une protection plus poussée des ressortissants, menant à la création du statut de citoyen européen, permettant ainsi à l'Europe de se rapprocher des préoccupations de ses Etats membres et d'engager une dynamique plus sociale³⁶ grâce à un processus démocratique renforcé.

Cette tension sous-tend tout le champ des libertés de circulation et ne quitte jamais les arrêts de la Cour qui reste vigilante à conserver un équilibre entre liberté et protection, ce qui amène sa jurisprudence à se montrer relativement complexe. Cela s'explique entre autres par le fait de la construction du marché intérieur et des libertés de circulations qui toutes deux constituent « l'ossature de la construction Européenne »³⁷, rendant la tâche des juges et de la Commission d'autant plus délicate lors de ses interprétations. Il s'agit d'interpréter les valeurs fondamentales de l'Union, un quelconque faux pas pouvant mener à dénaturer l'essence et les valeurs essentielles de la construction.

Afin d'illustrer ce point, attardons nous sur quelques arrêts emblématiques de la Cour de justice concernant une mise en balance des intérêts économiques et sociaux.

³⁴ C.-E. CLESSE, « Le plombier polonais est-il de retour? Incidence de l'arrêt *Laval* sur le système des conventions collectives belges et le respect des rémunérations y contenues », *J.T.T.*, 2008, p.223.

³⁵ M. FALLON, « Le détachement européen des travailleurs: à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Rev.Crit.de Dr. Int. Privé*, 2008, p.798

³⁶ M. FALLON, *op.cit.*, (v. note n°35), p.798 ; S. DE LA ROSA, *op.cit.*, (v. note n°17), p.34

³⁷ S. DE LA ROSA, *op.cit.*, (v. note n°17), p.9

- b) La jurisprudence *Viking*³⁸, *Laval*³⁹, *Rüffert*⁴⁰ et *Luxembourg*⁴¹, illustration du conflit entre droits sociaux et libertés communautaires.

Les arrêts *Viking*, *Laval*, *Rüffert* et *Luxembourg* interviennent après la création de la directive 96/71⁴², que nous évoquerons au point suivant, mais ce que nous cherchons à démontrer avant tout dans cette analyse, c'est la volonté protectionniste de la part des Etats et des acteurs sur le marché interne. Il y a aussi une reconnaissance de la Cour de l'importance des enjeux sociaux, malgré la prédominance constante des libertés de circulation. Et cette tension est plus que jamais omniprésente dans la jurisprudence de la Cour.

- Arrêt *Viking Line*⁴³.

Les faits de l'arrêt *Viking Line* concernent une société finlandaise de navigation, celle-ci battant pavillon finlandais sur ses bateaux. Ses employés sont donc affiliés à un syndicat finlandais. La compagnie décide pourtant de changer de pavillon et de faire immatriculer son bateau en Estonie, affiliant donc ses employés à un syndicat estonien. Le but de l'opération étant de pouvoir baisser la rémunération de son équipage.

Une organisation « coordinatrice » de syndicats, agissant au niveau international (l'ITF) prévient alors les syndicats estoniens de ne pas entamer de négociations avec la compagnie *Viking Line*. De son côté, le syndicat finlandais menace de faire grève,

³⁸ C.J.C.E. (Gr. Ch.), 11 décembre 2007, (International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti), C- 438/05, *Rec.*, 2007, p. I-10779

³⁹ C.J.C.E. (Gr. Ch.), 18 décembre 2007, (Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet), C-341/05, *Rec.*, 2007, p. I-11767

⁴⁰ C.J.C.E. (2^e ch.), 3 avril 2008, (Dirk Rüffert contre Land Niedersachsen), C- 346/06, *Rec.*, 2008, p.I-1989

⁴¹ C.J.C.E. (1^e ch.), 19 juin 2008, (Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg.), C- 319/06, *Rec.*, 2008, p. I-4323

⁴² Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *J.O.C.E* n° L 018 du 21/01/1997, p.1 à 6 ; à ce sujet consulter le Titre II du présent travail.

⁴³ *Ibidem* (v. note n° 38)

exigeant que *Viking Line*, même sous pavillon estonien, maintienne la rémunération de son équipage à un niveau de rémunération finlandais et ne licencie pas l'équipage.

Des questions préjudicielles sont alors posées à la Cour par la juridiction saisie de l'affaire, afin de savoir si les mesures adoptées par les syndicats étaient acceptables au regard de la limitation de la liberté d'établissement qu'ils imposaient⁴⁴.

- Arrêt *Laval*⁴⁵

L'arrêt *Laval* ensuite rendu par la Cour porte sur la limitation de la liberté de prestation de services.

Une entreprise lettonne détache des travailleurs en Suède, afin d'y effectuer un chantier pour le compte de sa filiale suédoise. Les syndicats suédois réagissent et entament une action collective, souhaitant contraindre la société lettonne à adhérer à une convention collective afin de garantir, entre autres, que les travailleurs lettons bénéficient d'un salaire équivalent au salaire suédois en vigueur dans le domaine de la construction. Cependant la société lettonne a déjà conclu une CCT avec un syndicat letton. De plus, sur la base de la directive 96/71, l'Etat d'accueil doit s'assurer que l'entreprise détachant les travailleurs respecte les conditions salariales minimales du pays d'accueil. Mais une telle disposition n'existe pas en droit suédois. Suite à l'échec des négociations entre le syndicat suédois et la société *Laval un partneri Ltd*, un blocus s'opère sur le chantier et mène à la faillite de la filiale suédoise de la société.

La juridiction locale saisie du litige pose alors une question préjudicielle à la Cour : Les mesures de blocus prises par les syndicats sont-elles trop restrictives, au regard de la liberté de prestation de services de l'entreprise ? En effet, les syndicats, tenant de contraindre la société *Laval un partneri* à adhérer à une convention collective de travail

⁴⁴ X. « C-438/05 International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti, arrêt du 11 décembre 2007 », Résumé d'arrêts importants, service juridique de la Commission Européenne, disponible sur http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrêts/05c438_fr.pdf

⁴⁵ *Ibidem*, (v. note n° 39)

restreignent considérablement l'application de la liberté de prestation de services de la société⁴⁶.

Nous ne nous attarderons pas sur les questions relatives au droit de grève, qui sont pourtant débattues dans les arrêts *Viking Line* et *Laval*, pour des raisons de concision. Mais nous retenons de ces deux arrêts sur question préjudicielle, que la Cour consacre un principe de *conciliation*. En effet d'après la Cour, les droits sociaux, loin d'être oubliés, doivent être conciliés avec l'exercice des libertés de circulation⁴⁷.

Cette conciliation doit se faire à la lumière de la théorie de l'entrave que nous avons déjà évoquée plus haut. Il faudra donc que le droit social, qu'est le droit de grève *in casu*, n'entrave pas la liberté de circulation en question. Il s'agit du même raisonnement concernant la protection du travailleur : « la protection des travailleurs ne doit pas gêner l'exercice des libertés économiques communautaires au point de leur porter gravement atteinte »⁴⁸. Lorsque l'action est « de nature à rendre moins attrayante voire inutile l'exercice par la société de sa liberté d'établissement et donc constituent des restrictions à la liberté d'établissement garantie par l'article 43 CE (...) L'action collective doit être nécessaire à la protection des travailleurs qui figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général déjà reconnues par la Cour. »⁴⁹. La Cour ne subordonne pas en tant que tel le droit de grève à la liberté économique, elle tente de concilier les intérêts en présence, et ne sanctionne pas les atteintes justifiées, appropriées et proportionnées. C'est une tâche ardue et délicate à laquelle la Cour est confrontée, et elle marque sa volonté de faire avancer l'Europe vers une finalité plus complète lorsqu'elle déclare : « *Le primat du marché qui avait présidé à la naissance (du modèle européen) n'est plus* »⁵⁰.

⁴⁶ A. ROSAS, *op.cit.*, (v. note n°3), p. 388

⁴⁷ A. DONNETTE, « À propos d'une rencontre mouvementée entre droit social et droit du marché Les arrêts *Viking*, *Laval*, *Rüffert* et *Luxembourg* », *R.A.E. -L.E.A.*, 2007-2008/2, p. 343

⁴⁸ P. RODIERE, *Droit social de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, coll. *Traité*, 2008, p.450.

⁴⁹ A. DONNETTE, *op.cit.*, (v. note n° 47), p.348

⁵⁰ *Ibidem*, (v. note n°38), points 78-79 et *Ibidem*, (v. note n° 39), Points 104-105.

Le deuxième enjeu important de l'arrêt *Laval* concerne les conventions collectives de travail. *In casu*, les syndicats demandent à l'entreprise d'adhérer à une CCT qui n'est pas d'application générale, cela témoigne d'une volonté du gouvernement suédois de permettre aux syndicats de négocier les conditions des conventions collective de travail directement avec les employeurs concernés. Cependant, la Cour, dans une analyse stricte des dispositions de la directive 96/71 balaie la possibilité d'imposer le respect de ce type de CCT à une entreprise détachant des travailleurs⁵¹.

- Arrêt *Rüffert*⁵²

Il s'agit d'une affaire concernant un Land allemand, qui demandait aux adjudicataires de marchés publics de respecter les conditions de rémunération contenue dans une convention collective applicable sur le lieu d'exécution. Il ne s'agissait donc pas d'un revenu minimal à assurer, mais bien de se conformer aux usages du lieu d'exécution. De plus cette convention n'était pas d'application générale. Or la société détachant les travailleurs afin d'exécuter le marché appliquait les conditions de rémunération prévues par la convention collective nationale mise en place par l'Allemagne en vue de l'application de la directive 96/71⁵³.

Le problème posé par l'application d'une CCT qui n'est pas d'application générale a déjà été discuté dans l'arrêt *Laval*, et la Cour avait déjà rejeté l'application de ce type de dispositions aux travailleurs détachés, « La convention collective régionale ne pouvait pas non plus être considérée comme constituant une convention collective au

⁵¹ A. DEFOSSEZ, « le dépassement de la question du dumping social : une condition nécessaire à une meilleure application de la directive détachement », *T.S.R./R.D.S*, 2014/1, p. 115- 116 ; M. MORSA, *Sécurité sociale, libre circulation et citoyenneté européennes*, Limal, Anthémis, 2012, p.413-414

⁵² *Ibidem*, (v. note n° 40)

⁵³ A. ROSAS, *op.cit.*, (v. note n°3), p.398

sens de l'article 3, paragraphe 8, deuxième alinéa. En effet elle ne visait que les marchés publics et non tout le secteur de la construction. »⁵⁴

Une fois de plus, force est de constater que la Cour n'estime pas qu'il est justifié d'augmenter le niveau de protection du travailleur au-delà du plancher minimal prévu par l'Etat d'accueil. Une protection minimale est bienvenue, mais l'augmentation du niveau de cette protection représente selon la Cour une entrave trop importante à l'exercice de la liberté de prester des services.

- Arrêt *Commission contre Luxembourg*⁵⁵

Cette affaire consiste en un recours en manquement de la commission contre le Luxembourg. La transposition en droit interne de la directive 96/71 opérée par cet Etat contenait des dispositions visant à imposer le respect du droit du travail luxembourgeois aux employeurs détachant des travailleurs sur ce territoire, ainsi que des dispositions contenant une obligation d'information préalable en cas de détachement de travailleurs. Le Luxembourg justifiait ces dispositions en argumentant qu'il s'agissait de lois de police, et que ces dispositions faisaient donc partie de l'ordre public national, mais la Cour n'a pas fait droit à cet argument, rappelant sa vision stricte de la notion d'ordre public que nous évoquerons plus tard dans ce travail⁵⁶.

Ces arrêts illustrent bien la difficulté de concilier au niveau européen les intérêts sociaux et économiques, la Cour est fréquemment confrontée à des mesures visant à protéger les travailleurs détachés mais ayant pour effet de restreindre une ou plusieurs libertés de circuler. La tension est donc réelle. Gardons cette idée à l'esprit tout au long de notre réflexion.

Nous allons désormais aborder dans ce deuxième titre une notion que nous avons déjà évoquée sans toutefois la préciser, la notion de détachement de travailleurs.

⁵⁴ A. DEFOSSEZ, *op.cit.*, (v. note n°51), p. 116

⁵⁵ *Ibidem*, (v. note n°41)

⁵⁶ A. ROSAS, *op.cit.*, (v. note n°3), p.399

TITRE II : LA PROBLEMATIQUE DU DETACHEMENT DES TRAVAILLEURS

Dans le cadre de notre hypothèse de travail nous allons nous intéresser à la liberté de prestation des services, qui est énoncée à l'article 49 CE⁵⁷ et qui est à la base de la question du détachement des travailleurs⁵⁸. En effet : « La mise à disposition de salariés doit être rattachée à la libre prestation de services de l'article 49 et non à la libre circulation des travailleurs de l'article 39, en cela que, bien que donnant nécessairement lieu à la circulation d'un travailleur en pratique, cette circulation est réalisée dans l'emploi de ce dernier, non en vue d'accéder à un emploi. »⁵⁹.

Il s'agit en réalité d'une libéralisation secondaire opérée par le Législateur européen dans le but de garantir, en plus de l'apport sans heurts des marchandises, que la main d'œuvre soit disponible pour les entrepreneurs. Cette condition est nécessaire afin de permettre une réelle abolition des barrières du commerce communautaire : « l'acteur économique, à l'époque, devait pouvoir choisir sa localisation sans être contraint par des limites relevant de la disponibilité ou de la qualification de la main d'œuvre ou de l'accès aux capitaux »⁶⁰.

⁵⁷ Actuel art. 56 TFUE : « Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des Etats membres établis dans un Etat membre autre que celui du destinataire de la prestation. »

⁵⁸ A. DONNETTE, *op.cit.*, (v. note n° 47), p.351

⁵⁹ *Ibidem*, (v. note n° 58)

⁶⁰ M. FALLON, « Faut-il réécrire les libertés de circulation? », *l'unité des libertés de circulation, in varietate concordia ?*, sous la dir. de E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 414

Chapitre 1 : Le détachement des travailleurs, inexorablement lié à la libre prestation des services.

a) L'arrêt *Rush Portuguesa*⁶¹.

Avec l'adhésion de nouveaux Etats au projet européen, il n'est pas évident de maintenir un équilibre concurrentiel entre les anciens Etats membres et les nouveaux arrivants, c'est pourquoi des dispositions relatives à la circulation des travailleurs sont fréquemment insérées dans l'Acte d'adhésion, comme ce fut le cas lors de l'adhésion du Portugal en 1986. C'est d'ailleurs cette problématique qui a mené à l'arrêt *Rush Portuguesa* que nous allons étudier à présent.

Cet arrêt n'est pas le premier arrêt de la Cour concernant le détachement des travailleurs, il y a eu l'arrêt *Seco* et d'autres arrêts avant, mais il apparaît comme un déclencheur de l'initiative législative que nous analyserons au chapitre suivant. En cela, il s'agit d'un arrêt d'une grande importance dont nous allons rapidement résumer les faits et les enseignements.

L'affaire prend place dans le contexte de restrictions temporaires quant à la circulation des travailleurs portugais prévues dans l'Acte d'adhésion. La société *Rush Portuguesa*, afin d'honorer un marché conclu sur le sol français, avait déplacé ses travailleurs malgré les restrictions contenues dans l'Acte. Dès lors, la France avait contesté la possibilité d'intégrer les travailleurs portugais sans qu'ils ne se soumettent à la procédure d'autorisation de travail habituelle. *Rush Portuguesa* au contraire estimait ne pouvoir être condamnée puisqu'elle avait déplacé ses travailleurs dans le cadre de sa liberté de prestation de services (déjà totalement libérée dans l'Acte d'adhésion), et donc ne tombait pas dans les restrictions attenantes à la période transitoire⁶². La question posée à la Cour est de savoir si la société portugaise contourne les dispositions

⁶¹ C.J.C.E. (6^e ch.), 27 mars 1990, (*Rush Portuguesa Ld^a c. Office national d'immigration*), C-113/89, *Rec.*, 1990, p. I-01417

⁶² A. DEFOSSEZ, *op. cit.* (v. note n°51), p.101

applicables en terme de circulation des travailleurs grâce à la liberté de prestation des services. La Cour considèrera que non, le détachement des travailleurs fait bien partie du fait de prester un service. Ce serait, selon A. Defossez « le ‘péché originel’ de la Cour »⁶³. En effet, l’approche en matière de circulation des services est plus libérale que l’approche concernant les autres libertés, cela s’expliquant par la volonté d’encourager l’entrepreneuriat. D’après cet auteur, les entraves à la liberté de prestation de service sont donc moins facilement justifiables aux yeux de la Cour⁶⁴. « De plus, écarter l’application de la libre circulation des travailleurs dans le cadre d’un détachement empêche le principe de non-discrimination entre travailleurs nationaux et travailleurs issus d’un autre Etat de jouer son rôle de protection contre la tentation de faire jouer la concurrence entre salariés »⁶⁵.

La Cour prend donc dans cette affaire une position audacieuse, en contradiction avec l’avis de l’Avocat général de l’époque qui prônait plutôt une solution intermédiaire, acceptant que la société déplace les travailleurs dont l’expérience et le savoir faire les rendaient indispensables à la prestation du service, mais elle reste soumise pour la main d’œuvre « de base » aux règles en vigueur dans le pays d’accueil concernant l’autorisation de travail. La Cour quant à elle adopte une position bien plus ouverte et bien plus libérale en encourageant les entreprises à détacher des travailleurs dans le cadre de leur liberté de prestation de service⁶⁶.

Cependant, les Etats Membres conservent deux outils leur permettant de contrôler le flux des travailleurs détachés, « l’Etat d’accueil a la possibilité de vérifier si, sous couvert d’une prestation de services, l’entreprise ne (con-)tourne pas les dispositions de l’Acte d’adhésion. »⁶⁷, et ensuite, les Etats membres peuvent « étendre leur législation ou leurs conventions collectives de travail conclues avec les partenaires sociaux, ‘à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur leur territoire, quel que soit

⁶³ A. DEFOSSEZ, *op. cit.* (v. note n° 51), p.102

⁶⁴ *Ibidem*, (v. note n° 63)

⁶⁵ A. DEFOSSEZ, *op. cit.*, (v. note n°51), p. 102 et 103

⁶⁶ Conclusions de l’avocat général Van Gerven présentées le 7 mars 1990, dans C.J.C.E., Rush Portuguesa Ld^a contre Office national d’immigration, C-113/89, *Rec.*, 1990, p. I-01417

⁶⁷ R. IONESCU, *L’abus de droit en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p.56

le pays d'établissement de l'employeur'. »⁶⁸.

Malheureusement, vérifier que les particuliers ne contournent pas les dispositions de l'Acte d'adhésion se révèle fastidieux. En effet, les mesures prises par l'Etat d'accueil seront soumises au traditionnel contrôle de nécessité et de proportionnalité par la Cour qui, se montrant très stricte face aux restrictions des libertés de circulation, pourrait désavouer les mesures prises par l'Etat en question⁶⁹.

Cependant, la possibilité d'étendre l'application des lois et conventions collectives de travail implique l'application dans de nombreux domaines de la loi de l'Etat d'accueil, permettant de calmer bon nombre d'inquiétudes au sein des Etats ⁷⁰ .

L'arrêt *Rush Portuguesa*, ouvre donc de larges possibilités aux Etats d'accueil, quant à l'application de leurs dispositions nationales et cela pourrait poser problème de restrictions abusives. A l'époque, une intervention législative semble réellement faire défaut.

b) La situation après *Rush Portuguesa*.

Avant l'entrée en vigueur de la directive 96/71, en l'absence de tout dispositif de coordination à l'échelle européenne, les Etats faisaient usage de leur droit national qu'ils appliquaient aux travailleurs temporairement détachés sur leur territoire, C'est précisément dans ce contexte qu'intervient l'adoption de la directive 96/71, suite au très intéressant arrêt *Rush Portuguesa* que nous venons d'analyser. Des Etats moins développés en matière de droit social et de droit du travail, rejoignent progressivement l'Europe en proposant des services et de la main d'œuvre à moindre coût⁷¹. Dès lors, les inquiétudes sont nombreuses de la part des anciens Etats membres.

⁶⁸ R. IONESCU, *op. cit.*, (v. note n° 67), p. 57

⁶⁹ *Ibidem*, (v. note n° 67)

⁷⁰ *Ibidem*, (v. note n° 67)

⁷¹ M. MORSA, *op.cit.*, (v. note n°51), p.409

Ceux-ci font usage de la brèche que vient d'ouvrir la Cour dans l'arrêt *Rush Portuguesa* et contraignent les entreprises prestataires de services établies dans un autre Etat à respecter la réglementation du pays d'accueil. Les Etats entendent protéger leurs travailleurs et leur marché, la Cour les ayant autorisés à « appliquer les règles impératives de la loi du lieu de détachement à la place de la loi désignée par () (l')article 6 (de la convention de Rome) »⁷².

La directive 96/71 apparaît dans ce contexte de repli des Etats membres afin de continuer à garantir la compétitivité de leur marché national. Il est donc impératif que le Législateur européen intervienne afin de favoriser l'ouverture du marché et de contrer le mouvement de repli qui se fait sentir à l'époque. De plus, il est nécessaire d'arrêter clairement les lois applicables aux diverses situations rencontrées. Le régime dérogatoire prévu par la Cour n'étant pas une solution à long terme, le législateur se devait d'intervenir. Espérant balayer les incertitudes et améliorer la clarté des conditions de travail des travailleurs détachés, la directive 96/71 est rédigée.

Il s'agit d'une directive de coordination qui ne tend donc pas à harmoniser les législations des Etats membres, mais bien à déterminer le droit applicable à chaque situation. Par essence, elle ne règle donc pas le fond de la question, mais donne les clés qui permettront de résoudre un certain nombre de conflits.

La question de la loi applicable règlera toute une série de questions, à savoir le régime de sécurité sociale applicable au travailleur détaché, la rémunération, et encore d'autres questions pratiques. Il était donc nécessaire que le législateur européen mette en place un régime qui, en pratique, ne repose pas entièrement sur la loi du pays d'accueil, contrairement à la situation antécédente. En effet, il eût été dangereux d'appliquer exclusivement la loi du pays d'accueil, laissant ainsi les travailleurs détachés à la merci des réactions protectionnistes de certains Etats membres ⁷³.

⁷² M. MORSA, *op.cit.*, (v. note n°51), p.409

⁷³ *Ibidem*, (v. note n°72)

Chapitre 2 : La réponse législative au repli des Etats Membres face à la concurrence de nouveaux adhérents.

a) Contenu de la directive 96/71⁷⁴

Répondant aux préoccupations qu'a engendré le contexte de l'époque, la directive 96/71 est créée afin de garantir l'exécution de la liberté de prestation des services tout en respectant des conditions de base de protection des travailleurs détachés. La directive prescrit une série d'obligations s'imposant aux entreprises qui détachent des travailleurs, et que nous appellerons aussi le « noyau dur »⁷⁵. Faisons donc le point sur ces obligations de base qui se divisent en deux catégories :

D'abord une coordination grâce à de nouvelles règles de conflit de loi, notamment via le mécanisme de création d'un *noyau dur* de règles inviolables, considérées comme la protection de base applicable à tous les travailleurs. La liste de ces dispositions se trouve à l'article 3 de la directive, et sont énumérés sous forme de liste⁷⁶.

1. « périodes maximales de travail et périodes minimales de repos.
2. durée minimale des congés annuels payés
3. taux de salaire minimal
4. condition de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises intérimaires
5. sécurité, santé et hygiène au travail.

⁷⁴ *Ibidem*, (v. note n°2).

⁷⁵ Dir. 96/71CE, *op.cit.*, (v. note n°2), art 3 §1.

⁷⁶ M. MORSA, *op.cit.*, (v. note n°51), p.412

6. les mesures protectrices applicables aux conditions d'emploi des femmes enceintes ou venant d'accoucher, des enfants et des jeunes.
7. l'égalité de traitement des hommes et des femmes, et d'autres dispositions de non discrimination. »⁷⁷

La directive s'accompagne de quelques exceptions d'importance mineure (concernant les travaux de montage initial et indispensable pour la mise en fonctionnement du bien fourni) qui sont mentionnées en son article 3 §2, mais sur lesquelles nous ne nous attarderons pas.

Pour les activités du secteur de la construction, les sources reprenant les garanties du noyau dur sont étendues, non seulement aux dispositions de type étatique (lois, règlements, dispositions administratives), mais aussi dans des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale⁷⁸. « La difficulté d'appliquer cette disposition surgit lorsque, dans un Etat, il n'existe pas de système de déclaration générale. »⁷⁹. Il s'agit du cas auquel la Cour est confrontée dans l'affaire *Laval*⁸⁰ que nous avons déjà évoqué.

Ensuite, le deuxième type de dispositions encadre les mesures de contrôle qui doivent être prises pour garantir l'application efficace de la directive dans les Etats Membres. La directive reste malheureusement évasive sur ce point et cela pose problème⁸¹. Ce manque de clarté engendre la déficience du mécanisme de coopération entre les Etats qui devait être mis en place pour garantir une bonne application de la directive⁸².

Cependant la directive prévoit qu'elle « (...) ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres dans le respect du Traité, imposent aux entreprises d'autres Etats et ce 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

⁷⁷ *Ibidem*, (v. note n° 75)

⁷⁸ Dir. 96/71 CE, *op.cit.*, (v. note n° 2), art. 3 §8.

⁷⁹ M. MORSA, *op.cit.*, (v. note n°51), p.413

⁸⁰ *Ibidem*, (v. note n°39)

⁸¹ Dir. 96/71 CE, *op. cit.*, (v. note n°2) , art. 4

⁸² A. DEFOSSEZ, « Détachement des travailleurs, ordre public et *dumping* social, suite et certainement pas fin », obs. sous C.J.C.E., 19 juin 2008, Commission c. Luxembourg, *Rev. dr. ULg*, 2008/4, p.605.

d'ordre public »⁸³. Il existe donc une marge de manœuvre, dont l'étendue reste à définir pour les Etats Membres.

La notion d'ordre public soulève quelques questions, et la Cour se chargera de définir cette notion dans l'affaire *Commission contre Luxembourg*⁸⁴. En effet, les Etats se référaient à une définition de la notion comme entendue en leur droit interne, mais cette conception va plus loin que celle du législateur selon la Cour. Elle s'attache à définir l'ordre public comme suit : « 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) »⁸⁵.

Lorsqu'elle choisit d'éclaircir la notion d'ordre public, la Cour se base sur les déclarations ajoutées au procès verbal du Conseil lors de l'adoption de la directive, bien que ces déclarations ne soient pas publiées officiellement, la Cour leur reconnaît une valeur interprétative⁸⁶. Cette pratique peu commune témoigne d'une réelle volonté de la Cour d'honorer les intentions du législateur dans son interprétation de la directive, et de préserver l'équilibre délicat entre protection du travailleur et exercice de la liberté de circulation.

Notons que la Cour, dans cette volonté de conserver l'équilibre précaire cristallisé par le législateur dans la directive 96/71⁸⁷, reste réservée quant au fait d'imposer des obligations trop lourdes aux entreprises. Elle préfère garantir que l'entreprise exercera sa liberté

⁸³ Dir. 96/71 CE, *op.cit.*, (v. note n° 2), art. 3 §10

⁸⁴ *Ibidem*, (v. note n°41)

⁸⁵ *Ibidem*, (v. note n° 41), point n° 50

⁸⁶ M. MORSA, *op.cit.*, (v. note n°51), p.417

⁸⁷ M. MORSA, *op.cit.*, (v. note n°51), p.418

efficacement, et interprète donc les possibilités de contrôle par l'Etat d'accueil de façon restrictive. C'est ce que l'on a pu constater dans l'arrêt *Arblade*⁸⁸, notamment. Dans lequel la Cour a sanctionné la Belgique parce qu'elle demandait aux employeurs de garder à disposition certains documents sociaux sur le territoire belge par l'intermédiaire d'une personne physique domiciliée en Belgique. Bien que ces dispositions soient prises afin de faciliter le contrôle du respect de la directive, la Cour a jugé que l'obligation était trop contraignante pour les employeurs désirant détacher des travailleurs, et a donc sanctionné la Belgique pour son initiative⁸⁹.

Grâce à la directive, on procède à une sorte de migration d'un droit à la liberté vers une mise en balance des intérêts sociaux avec la liberté. L'objectif poursuivi par le législateur dans la directive est double : il s'agit dans un premier temps d'égaliser les conditions de concurrence, et dans un second temps de protéger les travailleurs⁹⁰. Cependant ce deuxième objectif semble moins important que le premier, puisqu'il ne s'agit que de reconnaître une « protection minimale » aux travailleurs.

b) Application des dispositions de la directive 96/71

La directive se situe pleinement dans le droit du marché intérieur⁹¹. Même si ce droit permet de considérer un impératif de protection sociale, il cherche principalement à faciliter la mobilité des acteurs économiques⁹². A cet égard, l'argument de préservation des

⁸⁸ C.J.C.E., 23 novembre 1999, (Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL), aff. jointes C-369/96 et C-376/96, *Rec.*, 1999, p. I-08453

⁸⁹ *Ibidem*, (v note n° 88), point n°47.

⁹⁰ M. MORSA, « Le détachement des travailleurs, ou le difficile équilibre entre les libertés du marché et les droits sociaux fondamentaux ! », *J.T.T.*, 2014/12, n° 1186, p. 180

⁹¹ À ce sujet voir M. FALLON, *op.cit.*, (v. note n° 35), p.807

⁹² C. BARNARD, « The notion of abuse and the freedom to provide services: a Labour Lawyer's perspective », *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law ?*, sous la dir. de R. DE LA FERIA et S. VOGENAUER, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 99 - 100 : « Labour lawyers were wrong to think of the Posted Workers' Directive as a worker protection measure. This view is reinforced by the Court's observations in *Laval* that the directive is 'firstly' intended to 'ensure a climate of fair competition between

conditions de concurrence est explicite et le libellé de la directive est moins centré sur une faculté pour le travailleur d'invoquer la loi de l'Etat d'accueil que sur l'obligation pour l'entreprise étrangère de se soumettre à cette loi⁹³.

La directive 96/71 ne consacre pas en soi les moyens de remédier à la violation de ses dispositions, mais laisse le soin aux Etats membres d'organiser des recours afin que les droits des travailleurs soient effectivement garantis. « La Cour semble avoir considéré que la directive 96/71 suffit à assurer un niveau de protection sociale en réalisant une coordination des droits nationaux qui oblige l'employeur à observer un noyau de règles impératives de protection minimale de l'Etat d'accueil. C'est toutefois négliger que cette directive n'assure aucune mise à niveau des politiques nationales de protection par l'adoption de règles matérielles uniformes de protection minimale. »⁹⁴. Il incombe donc aux Etats membres d'actionner les mécanismes nécessaires dans leur droit interne. Cependant, en l'absence de lignes directrices données par l'Union elle-même, ce point soulève des questions et pose de nombreux problèmes pratiques. La commission dans une communication⁹⁵ avait déjà souligné ce problème⁹⁶ et jusqu'à présent, personne n'avait encore pris de réelle décision permettant une harmonisation des contrôles.

Il existait déjà des cas d' « usage créatif »⁹⁷ des libertés de circulation qui sont les cas les plus problématiques (il est parfois difficile de savoir où se situe l'employeur du travailleur détaché, si il y a des sociétés écrans, si le travailleur correspond bien à la définition du travailleur détaché, parce qu'il manque un contrat de travail par exemple). Ce sont autant

national undertakings and undertakings which provide services transnationally', and that the mandatory rules for minimum employment protection prevent a situation from arising where the out-of-state provider competes unfairly against the host state. Only 'secondly' does the Court refer to the worker protection element of the directive. It could therefore be argued that the Court has reached a careful compromise in *Laval and Rüffert* : posted workers will enjoy the terms and conditions of employment in the host state but only if the host State has complied with the letter of the directive; if it has not, then any attempt to apply the Host State rules will breach both the directive and Article 49 EC. »

⁹³ M. FALLON, *op.cit.*, (v. note n° 35), p.810.

⁹⁴ M. FALLON, *op.cit.*, (v. note n° 35), p. 815-816

⁹⁵ Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions - La mise en oeuvre de la directive 96/71/CE dans les États membres, COM (2003) 458, final.

⁹⁶ M. MORSA, *op.cit.*, (v. note n°51), p.420

⁹⁷ *Ibidem*, (v. note n° 96)

de points mis en exergue par la Commission dans son rapport. En l'absence de tels mécanismes, de nombreux cas passaient entre les mailles du filet, et certains échappaient facilement au système par le biais de constructions parfois totalement artificielles. Dans le cadre du détachement des travailleurs, la coopération des Etats membres reste rudimentaire, voire inexistante, ce qui complique considérablement la possibilité d'effectuer les vérifications nécessaires⁹⁸.

Prenant conscience des lacunes du système de la directive 96/71, une deuxième directive sera créée afin de la compléter. Il s'agit de la directive 2014/67/UE⁹⁹ visant avant tout à faciliter l'exécution de la directive 96/71. Celle-ci ne contient aucune règle matérielle, il s'agit principalement d'un outil au service des Etats afin de mettre au clair la marge de manœuvre dont ils disposent ainsi que les « mécanismes de contrôle »¹⁰⁰ jugés « appropriés »¹⁰¹. Des clés d'interprétation sont aussi données au juge national en ce qui concerne le caractère véritable du détachement et la prévention des abus et des contournements.

Ensuite, le troisième chapitre concerne la coopération administrative. Il s'agit donc bien ici d'améliorer l'efficacité des contrôles, celle-ci étant renforcée par une coopération entre Etats membres.

Cette nouvelle directive va certainement dans le bon sens, et propose des solutions à des problèmes déjà maintes fois soulevés dans la doctrine, mais celle-ci soulève surtout une question plus profonde et plus intéressante encore que celle de la coopération nécessaire entre les Etats : il s'agit de la question de l'abus. En effet, l'intitulé de l'article 4 est rédigé comme suit : « détermination du caractère véritable du détachement et prévention des

⁹⁸ M. MORSA, *op.cit.*, (v. note n°51), p.420

⁹⁹ Directive 2014/67/UE du Parlement Européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement des 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, *J.O.U.E*, L 159/11, 28/05/2014.

¹⁰⁰ Dir 2014/67/UE, *op.cit.*, (v. note n° 99), art. 1, dispositions générales.

¹⁰¹ *Ibidem*, (v. note n° 100)

abus¹⁰² et contournements »¹⁰³. D'après A. Defossez il s'agirait principalement de la piste des sociétés boîte aux lettres, sociétés fictives, qui ne servent que d'écran de fumée afin de bénéficier d'un régime économique plus avantageux¹⁰⁴. Mais l'abus de droit est une notion aux multiples facettes.

La question du détachement des travailleurs est complexe et bien qu'il faille saluer l'initiative du législateur européen, les directives 96/71 et 2014/67 ne suffisent pas à couvrir le large éventail de pratiques portant le plus souvent préjudice au travailleur détaché. Nous sommes donc forcés de constater que dans son objectif secondaire de protection des travailleurs, la directive 96/71, si elle ne peut être qualifiée d'échec, reste totalement insuffisante à renverser des situations parfois extrêmes. C'est pourquoi notre questionnement se portera sur la possibilité d'abuser de sa liberté de prester des services, via une analyse plus générale de la théorie de l'abus de droit en droit européen, que nous développerons tout au long du titre suivant.

¹⁰² Mis en évidence par l'auteur de ce travail

¹⁰³ Dir. 2014/67/UE, *op.cit.*, (v. note n° 99), Art. 4

¹⁰⁴ A. DEFOSSEZ, *op.cit.*, (v. note n° 51), p.123

TITRE III : L'ABUS DE DROIT ALTERNATIVE A LA DIRECTIVE 96/71.

La problématique du détachement des travailleurs s'inscrit dans une logique de *stratégie juridique*¹⁰⁵ des entreprises. En effet, il y a une réelle « tendance des entreprises à s'établir dans des pays à législation moins contraignante et, par le moyen du détachement de ses travailleurs, prester des services dans d'autres pays de l'Union Européenne »¹⁰⁶.

L'Union européenne a déjà tenté d'adresser ce problème, ou tout au moins ses dérives, en mettant en place un cadre législatif dont nous avons parlé sous le titre précédent. Et bien que la directive 2014/67 ait vu le jour afin d'améliorer l'application de la directive 96/71, il persiste des inégalités et des situations problématiques. De plus, le noyau dur n'a pas évolué depuis l'entrée en vigueur de la directive 96/71, et ne prend donc pas en compte un large panel de questions périphériques. Ainsi, comme l'affirme A. Defossez, « (...) le *statu quo* serait inacceptable : certains détachements s'accompagnent de pratiques particulièrement intolérables, notamment s'agissant des conditions de logement, dont le sort n'est pas réglé dans le noyau dur (de la directive 96/71), et de rémunération des travailleurs détachés. »¹⁰⁷.

Dès lors, il est intéressant de savoir si les justiciables pourraient se prévaloir d'un abus de droit pour justifier une requête, puisque nous l'avons vu, une brève allusion est faite à l'abus dans la directive 2014/67. Serait-ce une porte ouverte à un nouveau raisonnement ? Dans un souci de garantir une balance efficace des intérêts, la Cour pourrait-elle se servir

¹⁰⁵ R. LABERNEDE, « les limites aux stratégies juridiques : l'exemple de l'abus de droit », *les stratégies juridiques des entreprises*, sous la dir. de A. MASSON, Bruxelles, Larcier, 2009, p.474 : « en somme une stratégie juridique consiste à rechercher un avantage par des moyens juridiques élaborés et licites en eux même, qui manifestent une instrumentalisation de la règle de droit. Concrètement elle peut consister en une utilisation d'une règle de droit éloignée de sa finalité ou encore en une combinaison de règles dans le but d'obtenir un avantage. »

¹⁰⁶ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n° 67), p.53

¹⁰⁷ A. DEFOSSEZ, *op.cit.*, (v. note n° 51), p.122

de la théorie de l'abus de droit afin de sanctionner les comportements incorrects de certains justiciables ?

Comme nous le savons, la Cour de justice de l'Union européenne crée presque autant le droit que le législateur, elle a la part belle en ce qui concerne l'interprétation et la délimitation de la portée de la législation. Elle se base aussi sur des principes généraux. Cela nous amène à penser que « (la) codification n'empêche pas l'évolution de la jurisprudence de la Cour en la matière, (...) »¹⁰⁸. Il est donc possible que celle-ci ouvre de nouvelles possibilités aux Etats qui entendent défendre les droits des travailleurs.

C'est pourquoi au travers de ce troisième titre, nous allons nous pencher sur la confrontation des libertés de circulation avec la théorie de l'abus de droit, ce chemin se révélant tortueux et parfois confus, nous procéderons par étapes.

Tout d'abord, nous nous poserons la question de la place de la théorie de l'abus de droit en droit européen, son émergence et son évolution. Ensuite, nous discuterons le possible aboutissement à la reconnaissance de l'abus de droit comme principe général de droit européen, et finalement nous conclurons quant à l'application de cette théorie à notre question de départ, à savoir : est-il possible d'abuser de sa liberté de prester des services dans le cadre de l'application de la directive 96/71?

¹⁰⁸ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n° 67), p. 59

Chapitre 1 : Reconnaissance de la notion d'abus de droit en droit Européen

a) De quelles circonstances l'abus de droit naît-il ?

Comme nous l'avons déjà évoqué au titre précédent, « entre l'abus de droit et les libertés de circulation il y apparaît une opposition structurelle »¹⁰⁹. En effet, la *ratio legis* attachée aux libertés de circulation vise l'intégration et la création d'un marché commun. Il n'y avait donc pas de limites dans l'esprit du constituant à la liberté de circuler, et pendant longtemps l'abus de droit en tant que frein à la libre circulation était mal perçu¹¹⁰.

Mais l'Europe a évolué et s'est ouverte au point de rassembler vingt-huit Etats à l'heure actuelle. Les échanges entre Etats membres ont eux aussi évolué et le principe de « reconnaissance mutuelle »¹¹¹ a vu le jour, consacré par la jurisprudence de la Cour de justice. Ce principe de reconnaissance mutuelle incite la concurrence entre systèmes juridiques et entraîne la possibilité de choisir, de contourner, voire d'abuser des droits internes des Etats membres¹¹². Les acteurs économiques cherchent à créer un bénéfice et pour ce faire, ils utilisent des stratégies juridiques¹¹³. Puisque ces stratégies ne sont pas reconnues explicitement dans la législation ni dans la jurisprudence européenne¹¹⁴. « (...) (F)ace à la menace de perte d'autorité du droit de l'Union européenne (...), la Cour de justice a dû intervenir. Elle a essayé ainsi de créer un mécanisme propre au droit de l'Union européenne qui devait encadrer le comportement abusif des particuliers. »¹¹⁵.

¹⁰⁹ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n° 67), p.17 et 23 ; voir aussi D. TRIANTAFYLLOU, « l'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *Cahiers de droit européen*, n° 5-6, 2002, p.614

¹¹⁰ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n° 67), p.17

¹¹¹ *Ibidem*, (v. note n° 110)

¹¹² *Ibidem*, (v. note n° 111)

¹¹³ Voy. *supra*, note n° 105

¹¹⁴ L. GRAVIERE, « l'abus de droit en droit communautaire : une réponse nuancée de la Cour de justice aux stratégies juridiques des entreprises », *les stratégies juridiques des entreprises*, sous la dir. de A. MASSON, Bruxelles, Larcier, 2009, p.494 ; R. LABERNEDE, *op.cit.*, (v. note n° 105), p.473: « Par conséquent, l'abus de droit , en tant que limite à l'exercice d'un droit subjectif, apparaît comme une limite naturelle aux stratégies juridiques. »

¹¹⁵ *Ibidem*, (v. note n° 110).

Le recours à l'abus de droit paraît naturel puisque « L'écueil du stratège est d'ignorer la dimension sociale et politique des normes, et de ne les considérer que d'un point de vue purement technique. Ainsi en ne retenant qu'une analyse structurelle de la règle de droit, le stratège fait fi de la *ratio legis* qui la sous-tend ; en un mot, il néglige la raison d'être de la norme. »¹¹⁶. Or, comme C. Amand nous le rappelle, l'abus de droit a, dans une certaine dimension, pour vocation de servir de filet de sécurité, permettant de sanctionner le comportement d'un justiciable qui, en recherchant son propre profit, aurait détourné la règle de droit de l'esprit que lui avaient insufflé ses rédacteurs¹¹⁷. L'abus de droit apparaît donc comme un remède approprié contre les dérives engendrées par la recherche effrénée du profit.

Très tôt, la Cour admet la possibilité d'empêcher les particuliers de contourner la législation nationale et de se prévaloir frauduleusement ou de manière inopportune de dispositions de droit européen¹¹⁸, tout en reconnaissant la possibilité pour les Etats membres d'invoquer l'abus de droit¹¹⁹. « L'abus (...) se trouve () ainsi au confluent de la protection de l'intérêt privé et de l'intérêt général »¹²⁰.

¹¹⁶ L. GRAVIÈRE, *op.cit.*, (v. note n° 114), p.476

¹¹⁷ L. GRAVIÈRE, *op.cit.*, (v. note n° 114) p.494 ; voy. Aussi C. AMAND, « Abus de droit, fraude à la loi et pratiques abusives Approche européenne et belge », *RGCF*, 3/2009, p.177 : « Ce principe de droit veut sanctionner une manière d'agir qui excède un exercice normalement diligent du droit (ce qui implique une approche plutôt objective), ou une manière d'agir qui n'est pas conforme à un exercice loyal du droit (ce qui implique plutôt une approche subjective) »

¹¹⁸ L. GRAVIÈRE, *op.cit.*, (v. note n° 114), p. 495.

¹¹⁹ *Ibidem*, (v. note n° 112): « Il s'agit d'une situation dans laquelle les conditions d'application de la norme juridique sont formellement remplies, mais le résultat recherché par celui qui se prévaut de ladite norme soit ne correspond pas à l'objectif de celle-ci, soit méconnaît les intérêts des tiers. »

¹²⁰ R. LABERNEDE, *op.cit.*, (v. note n° 105), p.476

b) Définition, contenu de la notion d'abus de droit.

Les types de comportements abusifs sont innombrables, mais ils peuvent être rassemblés dans une « typologie binaire »¹²¹.

D'une part, il s'agit de comportements de particuliers qui visent à écarter l'application d'une législation interne et à bénéficier de l'application d'une autre législation (soit d'un autre Etat membre, soit d'un avantage tiré du droit de l'Union). Le particulier crée alors parfois artificiellement les conditions d'application de la législation qu'il veut voir appliquée, par des manœuvres d'exportation et de réimportation, par exemple¹²².

D'autre part, les particuliers peuvent abuser « direct(ement) des dispositions du droit de l'Union européenne, (...). Les particuliers cherchent à profiter, de manière non justifiée, de certains avantages financiers offerts par le droit de l'Union européenne, ou bien il s'agit de choisir parmi les options légales possibles, celle qui est la plus préjudiciable aux droits d'autrui. »¹²³. La théorie de l'abus de droit sert alors à délimiter le champ d'application des différentes libertés. Par exemple, il s'agit de déterminer si l'on se trouve dans un usage de la liberté d'établissement ou de prestation des services. Puisque le régime de l'établissement est plus contraignant que celui des services, certains particuliers tentent de contourner ces obligations pour tomber sous le coup du régime de prestation des services. Il sera alors possible de sanctionner un abus de liberté de prestation de services et d'envisager le cas au jour de la liberté d'établissement¹²⁴. D'après R. Ionescu, ces deux formes différentes de l'abus sont fondées sur « le degré de

¹²¹ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n° 67), p. 19

¹²² D. TRIANTAFYLLOU, *op.cit.*, (v. note n°109), p.616

¹²³ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n° 67), p 231 ; voir aussi R. IONESCU, *op.cit.* (v. note n° 67), p.15 : « (les comportements abusifs) peuvent être encadrés dans une typologie binaire. Dans ses conclusions du 7 avril 2005 sur l'affaire *Halifax* l'avocat général Poiras Maduro mettait en évidence que l'abus de droit suppose deux formes principales. D'une part, il s'agit du cas où les dispositions de droit de l'Union Européenne sont invoquées de manière abusive dans le but de contourner le droit national. D'autre part, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle ces dispositions sont invoquées de manière abusive pour en tirer des avantages d'une manière qui se heurte aux finalités et aux buts de ces mêmes dispositions. »

¹²⁴ D. TRIANTAFYLLOU, *op. cit.*, (v. note n° 109), p.620

l'harmonisation réalisé dans les différents domaines où l'abus s'est manifesté. Ainsi, dans les domaines où l'harmonisation est limitée et la reconnaissance mutuelle régit, il s'agit d'une fraude au droit national greffée sur une invocation abusive du droit de l'Union européenne. Au contraire dans les cas où l'harmonisation est plus poussée, il s'agit d'un abus de droit de l'Union européenne. »¹²⁵

Il existe, des domaines privilégiés dans lesquels l'abus se manifeste, peut être parce que la législation manque de clarté et laisse donc plus de place à l'interprétation, ou alors parce que l'appât du gain est plus important dans ces domaines. Toujours est-il que « (l) a libre prestation de services, à côté de la fiscalité, est l'un des principaux domaines où l'abus de droit s'est manifesté. Il s'agit principalement de choisir de s'établir dans un autre pays que celui vers lequel les prestations de services sont dirigées, pour échapper à des contraintes en matière de politique culturelle, sociale, ou d'immigration. »¹²⁶ La possibilité d'effectuer un tel choix découle du principe de « reconnaissance mutuelle »¹²⁷ reconnu par l'affaire Cassis de Dijon¹²⁸. Une brèche s'est donc ouverte, laissant au particulier la possibilité d'agir, non plus dans le but de la création d'un marché intérieur, mais bien dans la recherche unique d'un profit¹²⁹. Dans certains cas, il ne respecte alors plus l'intention première du législateur et s'expose à la qualification de ses opérations comme abusives.

La notion d'abus de droit, bien qu'étant connue de la majorité des ordres juridiques des Etats membres, revêt en droit de l'Union un caractère transfrontière qu'elle ne revêt pas en droit interne. Cette caractéristique est inhérente à la construction européenne, ainsi qu'à l'idéologie d'un marché intérieur. De plus, le juge européen n'a que peu d'intérêt à

¹²⁵ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n° 67), p.15

¹²⁶ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n° 67), p. 494

¹²⁷ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n° 67), p.17 et 18 : « Consacré par la jurisprudence « Cassis de Dijon », ce principe suppose que tout Etat membre est tenu d'accepter les produits légalement fabriqués et/ou commercialisés dans les autres Etats membres de l'union européenne, dans la mesure où ces produits répondent de manière équivalente à l'objectif légitime visé par sa réglementation. »

¹²⁸ C.J.C.E, 20 février 1979, (Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), Aff. 120/78, *Rec.*, 1979, p.00649

¹²⁹ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n° 67), p 231 ; voir aussi R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n° 67), p.15

s’immiscer dans les affaires purement internes des Etats. Cependant on note que la Cour, afin de parvenir à définir l’abus de droit en droit européen, a opéré une étude des diverses conceptions nationales¹³⁰. Nous évoquerons ce point plus en profondeur dans la suite de notre raisonnement sur la naissance d’un principe général d’abus de droit en droit européen.

Dans le chapitre que nous allons aborder à présent, nous ferons un tour d’horizon de la jurisprudence pertinente de la Cour. Les arrêts abordés ont tous eu un impact considérable sur la façon d’envisager l’abus de droit dans l’ordre juridique communautaire. Cependant, tous ne concernent pas directement la liberté de prestation des services. Il est nécessaire d’aller chercher les enseignements de la Cour dans les différents champs du droit afin d’avoir une approche évolutive cohérente de la matière comme le rappelle M. Fallon, « il n’est guère risqué d’affirmer que, malgré le flou artistique qui caractérise toute écriture jurisprudentielle, par essence analytique, la Cour de justice s’est efforcée d’assurer une appréhension systémique des libertés de circulation. »¹³¹.

Chapitre 2 : Evolution de la notion d’abus de droit en droit européen

Au cours de ce chapitre, nous allons mettre en avant la manière dont la Cour a précisé son interprétation du principe d’abus de droit au fil de sa jurisprudence. Il n’est malheureusement pas possible d’effectuer un inventaire complet des arrêts de la Cour ayant un impact sur la notion en question, nous allons donc nous limiter à l’analyse de cas d’importance majeure, tout en gardant à l’esprit qu’il existe un grand nombre d’affaires couvrant la problématique de l’abus de droit, qui apportent chacune à leur manière une pierre à l’édifice.

¹³⁰ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n° 67), p. 399-400

¹³¹ M. FALLON, *op. cit.*, (v. note n° 60), p. 415

Initialement, la Cour hésitait à reconnaître l'abus de droit comme un principe de droit communautaire, préférant laisser au juge national le soin d'utiliser cette notion déjà largement répandue dans les ordres juridiques des Etats membres. Cependant cela posait un réel problème quant à « l'effet direct et à la primauté du droit communautaire »¹³². Progressivement, la Cour va évoluer d'une situation où elle reconnaît au juge national le droit de déclarer une pratique comme abusive au regard de sa conception interne de l'abus (tout en renvoyant par question préjudicielle à la Cour de justice en cas de doute)¹³³, vers une situation dans laquelle la Cour élabore elle-même une théorie de l'abus de droit, en droit européen.

a) Première approche de l'abus de droit par la Cour

Tout d'abord, d'un point de vue chronologique, il est important d'évoquer les premiers arrêts dans lesquels l'abus de droit a été invoqué. Il s'agit de l'arrêt *Van Binsbergen*¹³⁴ (1974) et de l'arrêt *Knoors*¹³⁵ (1979). Nous ne nous attarderons pas sur les faits pour respecter les exigences de synthèse liées à ce travail, cependant dans l'arrêt *Van Binsbergen*, on retrouve la première invocation par une des parties d'un argument fondé sur l'abus de droit. Quant à l'arrêt *Knoors*, il s'agit de l'un des premiers arrêts dans lequel

¹³² D. TRIANTAFYLLOU, *op. cit.*, (v. note n° 109), p. 622 ; R. IONESCU, *op.cit.* (v. note n° 67), p. 231 et p.15: « (les comportements abusifs) peuvent être encadrés dans une typologie binaire. Dans ses conclusions du 7 avril 2005 sur l'affaire *Halifax* l'avocat général Poiares Maduro mettait en évidence que l'abus de droit suppose deux formes principales. D'une part, il s'agit du cas où les dispositions de droit de l'Union Européenne sont invoquées de manière abusive dans le but de contourner le droit national. D'autre part, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle ces dispositions sont invoquées de manière abusive pour en tirer des avantages d'une manière qui se heurte aux finalités et aux buts de ces mêmes dispositions. »

¹³³ D. TRIANTAFYLLOU, *op. cit.*, (v. note n° 109), p.627

¹³⁴ C.J.C.E., 3 décembre 1974, (Johannes Henricus Maria van Binsbergen contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid), Aff. 33-74, *Rec.*, 1974, p.1299

¹³⁵ C.J.C.E., 7 février 1979, (J. Knoors contre Secrétaire d'Etat aux affaires économiques), Aff. 115/78. *Rec.*, 1979, p. 399

la possibilité d'abuser d'une liberté de circulation est reconnue ¹³⁶ . Ces deux arrêts servent donc de pierre angulaire au début du raisonnement de la Cour.

Cette jurisprudence des premiers temps, comme le souligne D. Triantafyllou considère « que la libre circulation devait être reconnue comme une valeur en soi que les Etats ne sauraient empêcher, mais qu'en revanche, si cette circulation était motivée par des raisons « externes » (obtention d'une bourse, accès plus facile à la profession, vente à des prix plus compétitifs, évasion fiscale), il pouvait y avoir « abus » non couvert par le droit communautaire, un abus potentiel de droit s'opposant donc à l'exercice des libertés communautaires. » ¹³⁷ .

Dans cette optique, la Cour s'est employée à délimiter strictement le champ d'application des libertés communautaires dans sa jurisprudence et à rappeler que celles-ci ne couvrent pas les comportements abusifs ¹³⁸ . Malheureusement cette mesure est insuffisante face à l'ingéniosité et à l'imagination des particuliers. Se rendant compte des lacunes que présente ce système, celle-ci met en place un second filet de sécurité.

b) Seconde tentative de la Cour d'endiguer les comportements abusifs, la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général

La Cour laisse alors le soin aux Etats de restreindre les usages des libertés de circulation via la théorie des raisons impérieuses d'intérêt général afin d'éviter que les particuliers

¹³⁶ S. WEATHERILL – « Fitting abuse of rights into EU Law governing the free movements of goods and services », *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law ?*, sous la dir. de R. DE LA FERIA et S. VOGENAUER, Oxford, Hart Publishing, 2011, p.56 : "Knoors demonstrate the Court's recognition that the law of free movement is capable of being abused. Specifically it nods at the phenomenon of the sham cross-border transaction, where an individual crosses a border in order to escape local rules and take advantage of another state's rules (...).

Already in *Knoors* the Court had hinted that it might place limits on the cutting edge of the law of free movement- where reliance upon it involves attempting wrongly to evade the application of national rules ».

¹³⁷ D. TRIANTAFYLLOU, *op. cit.*, (v. note n° 109), p. 617

¹³⁸ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 277

n'abusent de leurs droits. C'est d'ailleurs toujours cette technique qui est utilisée par la Cour lorsqu'il s'agit de résoudre un conflit touchant à une matière pour laquelle la compétence n'a pas été totalement transférée à l'Union par les Etats membres¹³⁹.

Dans cette optique intervient l'arrêt *Centros*¹⁴⁰ en 1999, qui est une affaire emblématique concernant la théorie de l'abus de droit. Ainsi, cet arrêt se place dans une optique plus libéralisée que la jurisprudence précédente.

Résumons-en les faits : l'affaire *Centros* concernait une société enregistrée au Royaume-Uni, bien qu'elle n'y exerçait aucune activité. Les créateurs danois de cette société avaient pour projet d'ouvrir une filiale au Danemark, mais ils se sont vu refuser le droit d'effectuer cette opération parce que le gouvernement danois estimait que cette « filiale » serait en réalité l'établissement principal de la société, étant donné qu'aucune activité n'était exercée au Royaume-Uni¹⁴¹. Il s'agissait donc de manœuvres effectuées par les justiciables afin « de se soustraire aux règles nationales relatives à la constitution et à la libération d'un capital minimal »¹⁴², et cette volonté était d'ailleurs assumée par les créateurs de la société.

Dans ce jugement largement discuté dans la doctrine, la Cour ne dénie pas le droit de faire appel à la théorie de l'abus de droit, cependant elle se révèle très stricte quant à l'application de ce principe¹⁴³. Etant donné que dans l'arrêt *Centros* les particuliers reconnaissaient avoir manœuvré dans le seul but de contourner la législation danoise, on s'attendait à voir la Cour condamner ce type de comportement, cependant ce ne fut pas le cas. La Cour déclare : « Dans ces conditions, le fait, pour un ressortissant d'un État membre qui souhaite créer une société, de choisir de la constituer dans l'État membre dont les règles

¹³⁹ *Ibidem*, (v. note n°138).

¹⁴⁰ C.J.C.E., 9 mars 1999, (*Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen*), C-212/97, *Rec.*, 1999, p.I-1459

¹⁴¹ *Ibidem*, (v. note n° 140), point n° 7

¹⁴² *Ibidem*, (v. note n° 140), point n°12.

¹⁴³ L. GRAVIERE, *op.cit.*, (v. note n° 114), p.498

de droit des sociétés lui paraissent les moins contraignantes et de créer des succursales dans d'autres États membres ne saurait constituer en soi un usage abusif du droit d'établissement. »¹⁴⁴.

Pour arriver à cette conclusion, la Cour se réfère à l'objectif de la liberté d'établissement qui était la liberté en cause *in casu* ; et conclut que, le but d'une intégration du marché prédomine, à tel point que même lorsque le but avoué est d'éviter l'application de certaines dispositions légales du pays d'origine, on ne peut restreindre la liberté de s'établir.

La position de la Cour est étonnante et comme nous l'avons souligné, n'est pas en adéquation avec sa jurisprudence antécédente. Comme le souligne A. Iliopoulou-Penot, « (o)n aurait pu argumenter que la liberté d'établissement avait pour finalité essentielle l'intégration de l'opérateur non national dans l'économie de l'Etat d'accueil¹⁴⁵. Cette vision pouvait être soutenue par l'acquis interprétatif dégagé des précédents importants en la matière. En effet selon l'arrêt *factortame*, la notion d'établissement ' comporte l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'une installation stable dans un autre Etat pour une durée indéterminée'¹⁴⁶. Selon l'arrêt *Gebhard*, cette notion implique ' la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un Etat membre autre que son Etat membre d'origine et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées.¹⁴⁷. Autrement dit, s'établir c'est s'intégrer dans une économie nationale. Dès lors que la société anglaise dans l'arrêt *Centros*, n'avait aucune activité au Royaume-Uni, l'objectif de la liberté d'établissement ainsi identifié n'est pas réalisé. La Cour aurait pu insister sur la nécessité d'un lien effectif

¹⁴⁴ *Ibidem*, (v. note n° 140), point n°27

¹⁴⁵ A. ILIOPOULOU-PENOT, « Libertés de circulation et abus de droit », *L'unité des libertés de circulation: In varietate concordia?*, sous la dir. de E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE, Bruxelles, Bruylant, 2013, p.198

¹⁴⁶ *Ibidem*, (v. note n° 145)

¹⁴⁷ A. ILIOPOULOU-PENOT, *op.cit.*, (v. note n° 145), p.198-199

et continu avec l'économie du Royaume-Uni, eu égard à l'objectif d'intégration de l'Etat d'accueil poursuivi par la liberté d'établissement. »¹⁴⁸

La Cour reprend pourtant une conception bien plus libérale des libertés de circulation, et choisit de ne pas sanctionner les pratiques, même avouées, de *forum shopping* voyant en elles la possibilité d'une unification des régimes du marché intérieur par le jeu de la concurrence

149

Cependant, dans *Centros*, l'abus de droit n'est pas totalement rejeté. La Cour met en évidence qu'elle refuse de qualifier automatiquement les pratiques de *forum shopping* comme abusives¹⁵⁰, puisque cela peut avoir un effet très positif sur l'intégration du marché commun. Par contre, lorsque le particulier adopte un comportement qui contrarie l'objectif même de la liberté, le comportement glisse dans la catégorie de l'abus¹⁵¹. D'ailleurs, dans l'arrêt *Centros*, la Cour rappelle que même si les Etats membres doivent accepter que leurs nationaux recherchent le profit via la technique du *forum shopping*, ils peuvent « (...) prendre des mesures destinées à empêcher que, à la faveur des facilités créées en vertu du Traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale et que les justiciables ne sauraient abusivement ou frauduleusement se prévaloir des normes communautaires »¹⁵².

¹⁴⁸ A. ILIOPOULOU-PENOT, *op.cit.*, (v. note n° 145), p.199

¹⁴⁹ A. ILIOPOULOU-PENOT, *op.cit.*, (v. note n° 145), p.201

¹⁵⁰ A. ILIOPOULOU-PENOT, *op.cit.*, (v. note n° 145), p.192 : « Le fait de « quitter l'Etat d'origine pour aller s'installer dans un autre Etat membre puis retourner dans l'Etat d'origine pour éviter l'application de règles nationales », par exemple, n'est pas sanctionnable d'abus selon la Cour dans l'arrêt *Akrich*. »

¹⁵¹ S. VOGENAUER, « The prohibition of abuse of law : An emerging general principle of EU Law », *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law ?*, sous la dir. de R. DE LA FERIA et S. VOGENAUER, Oxford, Hart Publishing, 2011, p.550 : « Thus it is not abusive to conduct as such to take advantage of the most attractive regime, thereby avoiding the application of the rules of another Member State. Persons 'are in principle entitled to arrange their circumstances in such a way as to come within a given set of rules, in this case Community law, and to benefit therefrom'. The judgment of the Court in *Centros* is the paradigm example : choosing a company law regime 'cannot, *in itself*, constitute an abuse of the right of establishment.' But is 'inherent in the exercise, in a single market, of the freedom of establishment guaranteed by the treaty'. (...) »; voy. aussi à ce propos : *Ibidem*, p. 537

¹⁵² *Ibidem*, (v. note n° 140), point n°24

Notons que ce rappel de la Cour doit être lu à la lumière de l'arrêt *Kefalas*¹⁵³ intervenu un an plus tôt, qui affirme que de telles mesures « (...) ne peu(ven)t pas porter atteinte au plein effet et à l'application uniforme des dispositions communautaires dans les Etats membres »

154

c) La théorie des raisons impérieuses d'intérêt général, redéfinie par la Cour

Dans le cadre de cette deuxième approche de l'abus de droit par la Cour de justice, l'arrêt *Arblade*¹⁵⁵ est incontournable (et sera confirmé en 2008 par l'arrêt *Commission contre Luxembourg* que nous avons déjà analysé au titre I), car il apporte des précisions quant à ce que la Cour considèrerait comme une raison impérieuse d'intérêt général permettant la limitation des libertés de circulations. Nous allons donc nous pencher brièvement sur ce cas.

« Le litige portait sur deux procédures pénales intentées contre M. Arblade et M. Leloup par les autorités belges pour ne pas avoir respecté, en ce qui concerne les travailleurs qu'ils ont détaché dans ce pays, plusieurs obligations sociales prévues par la législation belge et sanctionnées par des lois belges de police et de sûreté. MM. Arblade et Leloup soutenaient, évidemment la contradiction de cette législation avec les articles 49 et 50 CE (maintenant article 56 et 57 TFUE). »¹⁵⁶

Ce qui est particulièrement marquant dans cette affaire, c'est que la Cour considère que, bien que les lois appliquées soient des lois de police en droit interne, l'entrave est trop importante. La Cour prend donc l'initiative de définir elle-même dans quelles conditions elle estime que la législation interne pourra restreindre la liberté de circulation. A cette fin, un contrôle sera opéré par la Cour de justice, il consistera en « l'analyse de l'objectif

¹⁵³ C.J.C.E., 12 mai 1998, (*Kefalas e.a. contre Elliniko Dimosio (État hellénique) et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*), C-367/96, *Rec.*, 1998, p. I-2843

¹⁵⁴ *Ibidem*, (v. note n° 153), point n° 22

¹⁵⁵ *Ibidem*, (v. note n°88)

¹⁵⁶ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p.59

d'intérêt général que la loi poursuit et la proportionnalité du contenu de la loi par rapport à cet objectif. La Cour de justice reconnaît que la protection des travailleurs et particulièrement la protection sociale des travailleurs du secteur de la construction figure parmi les raisons impérieuses d'intérêt général qui peuvent justifier des entraves à la libre prestation de services. » ¹⁵⁷

La qualification en droit interne n'a donc pas d'influence sur l'analyse que la Cour opère. Pour qu'une mesure puisse justifier une entrave à la liberté de circulation, elle devra « coïncide(r) avec une raison impérieuse qui pourrait justifier une restriction à la libre circulation. M. Fallon souligne que de cette façon « l'approche communautaire de la loi de police a le mérite, sous l'angle du droit international privé, d'éclairer le critère 'finaliste' consistant dans une comparaison entre l'objectif poursuivi par la règle matérielle et celui poursuivi par la règle de rattachement. » ¹⁵⁸

Notons à titre subsidiaire, que dans son raisonnement, la Cour fait valoir la protection sociale des travailleurs comme une raison impérieuse d'intérêt général, elle considère donc cette protection comme une justification à la limitation des libertés de circulation. Nous reviendrons sur ce point dans nos développements ultérieurs.

Le souci d'une telle approche, via les raisons impérieuses d'intérêt général, est que quand la Cour était saisie d'un litige ou d'un renvoi sur question préjudicielle, elle ne se penchait pas sur l'évaluation du comportement abusif en tant que tel, mais bien sur les raisons impérieuses d'intérêt général qu'invoquait l'Etat membre. Le *focus* n'était donc plus sur le particulier qui abusait de son droit mais plutôt sur l'Etat qui restreignait la liberté¹⁵⁹. Au terme de l'analyse chronologique de la jurisprudence que nous avons opérée au cours de ce chapitre, nous constatons que les techniques utilisées par la Cour n'ont pas permis d'unifier l'interprétation des libertés de circulation, ni de clarifier les cas dans lesquels l'usage qui en était fait était abusif. Ces évaluations au cas par cas n'ont pas résolu la

¹⁵⁷ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p.61

¹⁵⁸ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p.62

¹⁵⁹ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p.333

tendance à l'abus, et vu l'affluence de cas liés à cette question, le besoin d'un « instrument juridique supérieur »¹⁶⁰ se fait sentir.

- d) La clarification des conditions d'abus de droit, adoption de la notion en droit européen

A la suite de l'arrêt *Centros* remettant en cause la jurisprudence précédente de la Cour, un autre arrêt très important est rendu, clarifiant les conditions dans lesquelles l'abus de droit peut être prononcé en droit européen. Il sonne le glas d'une approche plus claire et transparente de la notion dans la jurisprudence de la Cour, visant une meilleure sécurité juridique. Il s'agit de l'arrêt *Emsland-Stärke*¹⁶¹.

Pour résumer brièvement les faits de cette affaire, un producteur allemand exportait vers la Suisse des produits à base de pomme de terre qu'il réimportait immédiatement après leur libération sur le marché suisse. Cela lui permettait de bénéficier d'un remboursement de certains frais, en raison de l'exportation du produit, alors que le produit était effectivement écoulé sur le marché allemand¹⁶².

Cet arrêt se révèle particulièrement intéressant en ce qu'il consacre les critères qui permettent de déterminer si un comportement est abusif ou non.

Selon la Cour dans son arrêt *Emsland-Stärke*, « la constatation qu'il s'agit d'une pratique abusive nécessite, d'une part, un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint. Elle requiert, d'autre part, un élément subjectif consistant à la volonté d'obtenir un avantage résultant de la

¹⁶⁰ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 333

¹⁶¹ C.J.C.E, 14 décembre 2000, (*Emsland-Stärke GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas.*), C-110/99, *Rec.*, 2000, p. I-11569

¹⁶² D. WEBER, « Abuse of law, European Court of Justice, 14 december 2000, Case C-110/99, *Emsland-Stärke* », *L.I.E.I.*, 31 (1), 2004, p.43-44

réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions¹⁶³ requises pour son obtention »¹⁶⁴.

Il faut donc dans un premier temps que la réglementation soit respectée, mais que malgré le respect formel de celle-ci, son but ne soit pas atteint. Ainsi dans le cadre de notre question de recherche, à savoir la possibilité d'abuser de son droit à la prestation de services, il conviendrait de rechercher la *ratio legis* de cette disposition¹⁶⁵.

Il faudra ensuite que l'on observe la présence d'un élément subjectif, à savoir « la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention »¹⁶⁶.

Le problème engendré par un tel élément de subjectivité se situe au niveau de la preuve. Dès lors, dans ses développements ultérieurs, la Cour a suivi la tendance déjà constatée au sein des Etats membres en abandonnant la nécessité d'un élément subjectif et la Cour « made it clear that it rather looked for 'the essential aim of the transactions', as 'apparent from a number of objective factors' »¹⁶⁷, éliminant l'élément subjectif, au profit d'une facilitation de la preuve.

Mais détrompons-nous, même en ayant objectivé les facteurs de « détermination de l'abus », le simple fait de qualifier une pratique d'« abusive » comporte une part de subjectivité, comme l'explique A. Defossez : « cette qualification implique un jugement de valeur et, en conséquence, la difficulté de déterminer le seuil à partir duquel le choix individuel n'est plus digne de protection. »¹⁶⁸. Il s'agit d'un choix très difficile à opérer et qui requiert une analyse poussée des motifs ayant sous-tendu l'action du justiciable .

¹⁶³ Voyez à ce sujet S. VOGENAUER, *op.cit.*, (v. note n° 151), p. 530

¹⁶⁴ *Ibidem*, (v. note n°161), points 52-53

¹⁶⁵ A. DEFOSSEZ, *op.cit.*, (v note n° 51), p.124

¹⁶⁶ A. DEFOSSEZ, *op.cit.*, (v note n° 51), p.124

¹⁶⁷ S. VOGENAUER, *op.cit.*, (v. note n° 151), p. 538

¹⁶⁸ A. ILIOPOULOU-PENOT, *op.cit.*, (v. note n° 145), p.197

Enfin, l'arrêt *Kofoed*, intervient en 2007 comme la reconnaissance définitive par la Cour de l'existence d'un principe général de prohibition d'abus de droit, la Cour déclare : « Ainsi, l'article 11, paragraphe 1, sous a), de la directive 90/434 reflète le principe général du droit communautaire selon lequel l'abus de droit est prohibé. Les justiciables ne sauraient frauduleusement ou abusivement se prévaloir des normes du droit communautaire. L'application de celles-ci ne saurait être étendue jusqu'à couvrir des pratiques abusives, c'est-à-dire des opérations réalisées non dans le cadre de transactions commerciales normales, mais seulement dans le but de bénéficier abusivement des avantages prévus par le droit communautaire (...)»¹⁶⁹.

Rappelons que le principe de libre circulation n'est en aucun cas mis en cause lorsqu'un Etat invoque l'argument de l'abus de droit devant la Cour de justice. Ce qui est remis en cause, ce sont les conditions d'usage de la liberté¹⁷⁰. En effet, « Au travers de questions préjudicielles qui lui sont posées par les juridictions nationales (...) la Cour a été conduite à tenter d'établir un certain équilibre entre une pleine affirmation des libertés communautaires et de leur efficacité et une volonté, de principe, de sanctionner les pratiques abusives. »¹⁷¹. Il n'est donc pas question d'amoindrir l'importance des libertés de circulation qui sont un réel pilier pour l'Union européenne, mais plutôt d'essayer d'endiguer les comportements qui ne cadrent pas avec les objectifs à long terme de l'Union.

Comme nous avons pu le constater la jurisprudence de la Cour, même si nous ne l'analysons pas dans son intégralité, est plutôt diversifiée concernant l'abus de droit. La Cour est parfois mal armée pour répondre à la demande des Etats. Au fil de l'évolution de la jurisprudence la Cour a donc adapté ses moyens de réponse aux abus des particuliers.

¹⁶⁹ C.J.C.E. (1^e ch.), 5 juillet 2007, (Hans Markus Kofoed contre Skatteministeriet.), C-321/05, *Rec.*, 2007, p. I-05795, point 37.

¹⁷⁰ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p 493

¹⁷¹ L. GRAVIÈRE, *op.cit.*, (v. note n° 114), p.495

Chapitre 3. Quelles sont les conséquences de la reconnaissance d'un principe général ?

La création d'un principe général d'abus de droit présente de nombreux avantages¹⁷², et permet de répondre aux critiques concernant, entre autres, le problème de sécurité juridique largement évoqué par la doctrine. Mais le processus de création d'un tel principe est délicat, la sanction de l'abus paraît contre nature pour une organisation basée principalement sur une idéologie de marché commun. Cependant, afin de préserver ce marché commun d'opérations abusives, il est nécessaire que la Cour prenne position¹⁷³. On assiste alors à la naissance d'une réflexion nouvelle au sein de la Cour qui choisit de s'inspirer des Ordres juridiques nationaux et de leur appréhension de la théorie de l'abus de droit dans une démarche de droit comparé, sans pour autant adopter le point de vue de la majorité¹⁷⁴. Il s'agit pour la Cour d'adapter la notion aux exigences du droit de l'Union, à ses idées, à son régime juridique, et à son idéologie, tout en tentant de le protéger contre les abus des particuliers¹⁷⁵.

Au terme de sa réflexion, la Cour a choisi de consacrer l'abus de droit en tant que principe général dans ses arrêts *Emsland* et *Kofoed*. Elle voit en ce nouveau principe général de nouvelles possibilités d'unification puisque la jurisprudence est toujours caractérisée par le flou d'une construction au cas par cas, un régime unifié grâce à un principe général de droit européen résoudrait le souci prédominant de sécurité juridique¹⁷⁶.

De plus, « la consécration en tant que principe général permettrait de changer la perspective de l'analyse dans le sens où l'appréciation se ferait non plus en fonction de la

¹⁷² R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 278

¹⁷³ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 489

¹⁷⁴ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 493

¹⁷⁵ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 489

¹⁷⁶ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 351

légitimité de la loi nationale mais selon le comportement des particuliers (...).»¹⁷⁷, ce qui rendrait la lutte contre l'abus bien plus efficace.

Le juge national serait quant à lui mieux armé pour faire face aux abus tirés du droit européen, il bénéficierait d'un outil plus sûr afin de sanctionner les comportements des particuliers. Cela résulterait, là encore, en une plus grande efficacité des procédures¹⁷⁸. Cela éviterait aussi le « risque d'incohérence dans l'application uniforme du droit de l'Union, un principe général assurerait un équilibre entre les particularismes nationaux et les exigences du droit de l'Union. »¹⁷⁹.

Enfin, la charge de la preuve en cas de poursuite serait inversée. Par rapport à la situation antérieure où lorsqu'un Etat invoquait des raisons d'intérêt général pour justifier la limitation, il lui incombait de prouver que le comportement du particulier allait à l'encontre de l'intérêt général ou l'ordre public¹⁸⁰. Par contre, en se référant à un principe général d'abus de droit, « (...) on aurait une « nouvelle répartition de la charge de la preuve » : il reviendrait aux autorités nationales de contester la légitimité de l'usage de la liberté de circulation et, ensuite, aux particuliers de démontrer leur bonne foi. (...)»¹⁸¹.

Comme on peut le constater, un principe général de droit simplifierait grandement tant le travail des juges de la Cour de justice de l'Union Européenne que celui des juges des juridictions internes des Etats membres. Cela permettrait également de poser des balises claires quant aux comportements acceptés ou non sous la coupe des libertés de circulation¹⁸².

C'est pourquoi, « Par l'affaire *Emsland*, la Cour de justice fait un pas décisif vers la consécration du principe de l'Union portant sur l'interdiction de l'abus de droit. Le fait

¹⁷⁷ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 351

¹⁷⁸ *Ibidem*, (v. note n° 177).

¹⁷⁹ *Ibidem*, (v. note n° 177).

¹⁸⁰ *Ibidem*, (v. note n° 177).

¹⁸¹ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 352

¹⁸² R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 498

d'avoir établi son régime juridique ne peut être accompagné que par une reconnaissance formelle dans la jurisprudence Halifax et Kofoed. (...) Finalement, en droit international privé de l'Union, l'application de ce principe pourra supposer des modifications substantielles même si elles peuvent nécessiter une réorientation de la jurisprudence « traditionnelle » de la Cour de justice. »¹⁸³

Cependant, il faut détromper le lecteur non averti et rappeler que malgré l'engouement de la doctrine pour la proclamation d'un principe général d'abus de droit, ce principe est voué à s'appliquer à tous les champs du droit européen, et pas uniquement aux libertés de circulations. Dès lors il est difficile de créer un principe transversal et uniforme. Il varie selon le champ du droit auquel il est appliqué, la seule constante étant la volonté de faire respecter l'intention qui sous-tend la norme¹⁸⁴.

Suivant cette analyse, la reconnaissance de l'abus par la Cour dépend fortement des objectifs poursuivis par la disposition en cause¹⁸⁵. Or, « in a dynamic and evolving system such as the European Union, it would be very difficult to limit the rights granted by the TFEU because of the fact that the claimant is not exercising the right in a manner which is compatible with the reasons for which the right was originally granted. After all the Court's interpretation has been developing according to an ever changing *telos* (market integration first, constitutional citizenship now) which has, in some instances, openly disregarded the political will expressed in primary and secondary legislation. »¹⁸⁶. Le fait que l'interprétation de la Cour aille régulièrement au-delà des intentions du constituant paraît naturel dans une organisation évoluant comme l'Union européenne le fait. Cependant, elle rend la jurisprudence totalement imprévisible. Une fois de plus, le flou règne et menace le principe de sécurité juridique, malgré la création d'un principe général.

¹⁸³ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 489

¹⁸⁴ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p 499- 500

¹⁸⁵ A. DEFOSSEZ, *op.cit.*, (v. note n° 51), p.124

¹⁸⁶ E. SPAVENTA, « comments on Abuse of Law and the Free Movement of Workers », prohibition of Abuse of Law, a new general principle? », *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law ?*, sous la dir. de R. DE LA FERIA et S. VOGENAUER, Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 318

De plus, rappelons que l'abus de droit n'intervient qu'à titre subsidiaire, pour le cas où aucune autre norme ne permet de prévenir le comportement litigieux¹⁸⁷. N'oublions pas non plus que certains champs du droit sont exclus d'emblée par la Cour, qui dit, par exemple, que l'on ne peut pas abuser de la libre circulation des personnes¹⁸⁸, ou encore le champ de la fiscalité directe dans lequel la législation est très précise et laisse peu de place à l'utilisation d'un principe tel que l'abus de droit¹⁸⁹.

Finalement, il subsiste un risque que les juges nationaux appliquent la théorie « à la lumière des approches nationales très différentes des unes des autres en la matière cela peut mettre en péril l'uniformité d'application du Traité. D'autre part, une utilisation large de la doctrine serait susceptible de conduire à la mise à l'écart systématique des libertés. »¹⁹⁰.

Cela explique la retenue de la Cour, non quant à la reconnaissance d'un principe général d'abus de droit, mais quant à son application. « La Cour de justice ne perd pas de vue ces risques et manie donc, avec une grande prudence les arguments relatifs à l'abus. La Cour défend une « certaine idée » du marché intérieur et de la citoyenneté européenne. Cette idée façonne l'interprétation téléologique des libertés. Interprétation qui présente une inévitable part de subjectivité. »¹⁹¹

Le bilan reste donc mitigé, et les contours de la notion peu précis, il reste encore du travail à accomplir par la Cour de justice pour évoluer vers une uniformisation des conditions

¹⁸⁷ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 500

¹⁸⁸ *Ibidem*, (v. note n° 187); A. ILIOPOULOU-PENOT, *op.cit.*, (v. note n° 145), p.192

¹⁸⁹ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 491 : « L'analyse de la jurisprudence de la Cour en matière de fiscalité directe met en exergue le caractère subsidiaire de la notion d'abus de droit en ce domaine. La fiscalité est un secteur sensible, réservé aux Etats membres, et peut être la fréquence des comportements abusifs dans ce domaine est plus grande. L'émergence d'un principe général d'abus trouvent ici des réserves et le fait d'avoir déjà établi une sorte de théorie autour de la notion d'évasion fiscale permet au juge d'échapper à ce nouveau « Courant » Par ailleurs, le fait que les Etats membres ont des notions différentes d'évasion fiscale ne doit pas empêcher l'application uniforme du droit de l'Union. Il revient à la Cour de développer des critères limitant les mesures anti contournement adoptées par les Etats membres. »

¹⁹⁰ A. ILIOPOULOU-PENOT, *op.cit.*, (v. note n° 145), p.198

¹⁹¹ *Ibidem*, (v. note n° 190)

d'application, si toutefois il est possible d'uniformiser un tel principe. Il faudra à la Cour beaucoup de finesse et d'ingéniosité pour ce faire étant donné que l'abus de droit est un principe pour le moins instable.

Chapitre 4 : La possibilité d'une application de la théorie d'abus de droit à notre problématique.

Quelles sont les implications de la reconnaissance de l'abus de droit comme principe général de droit dans notre cas d'espèce ? L'hypothèse, rappelons-la, est la sanction du comportement d'un justiciable détachant des travailleurs dans des conditions précaires ou difficiles. Pourrions-nous alors affirmer que cette personne abuse de son droit de prester des services ?

Après avoir évoqué les arrêts *Emsland* et *Kofoed*, nous savons désormais à quelles conditions un comportement est déclaré comme abusif.

Il faudra d'abord un respect formel des conditions de la législation. La Cour analysera alors le détachement au regard de l'article 49 CE, vérifiant si les conditions de la directive 96/71 ont également été respectées. Dans notre hypothèse nous présumerons que les conditions sont respectées par le prestataire de services. Si ce n'était pas le cas, le détachement ne serait pas punissable au regard de la théorie de l'abus de droit, mais le serait par contre en raison d'une violation des dispositions de la directive 96/71. Ce n'est pas sur ce cas de figure que porte notre questionnement.

Ensuite il faudra que, malgré le respect des conditions formelles de la législation, le but de celle-ci ne soit pas atteint. Il faudra donc déterminer le but sous-tendant les dispositions abusées, ce deuxième prérequis avant l'analyse du comportement en tant que tel présente

une certaine difficulté. L'analyse de la volonté du législateur n'est pas toujours chose simple. En effet, nous l'avons déjà évoqué, la volonté ayant guidé la rédaction des libertés de circulation, figée sur papier il y a plus de cinquante ans, ne tient pas en compte l'évolution actuelle de l'Union européenne, ni les besoins des Citoyens. De plus la Cour va régulièrement au-delà de ce que le législateur avait en tête lors de la rédaction de certains contenus législatifs¹⁹². Cependant, elle maintient une position très ferme et une analyse restrictive face aux mesures entravant les libertés de circulation.

Concernant le détachement des travailleurs, la Cour préfère s'en tenir à la confirmation du noyau dur de la directive 96/71, et en renforcer les obligations tout en s'assurant que les dispositions prises en ce sens « (ne) prohibe, (ne) gêne ou (ne) rende (pas) moins attrayante l'exécution (des) prestations ». La Cour a beau prôner une conciliation des objectifs de politique sociale avec la libre circulation¹⁹³, sa jurisprudence dévoile quand-même une protection accrue des intérêts économiques¹⁹⁴.

Dans ce sens, C. Barnard, souligne concernant la directive 96/71, que celle-ci poursuit plusieurs buts, mais aux yeux de cet auteur, ces buts ne sont pas sur un pied d'égalité dans la directive : « Labour lawyers were wrong to think of the Posted Workers' Directive as a worker protection measure. This view is reinforced by the Court's observations in *Laval* that the directive is 'firstly' intended to 'ensure a climate of fair competition between national undertakings and undertakings which provide services transnationally', and that the mandatory rules for minimum employment protection prevent a situation from arising where the out-of-state provider competes unfairly against the host state. Only 'secondly' does the Court refer to the worker protection element of the directive. It could therefore be argued that the Court has reached a careful compromise in *Laval* and *Rüffert* : posted workers will enjoy the terms and conditions of employment in the host state but only if the

¹⁹² *Ibidem*, (v. note n°186)

¹⁹³ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 66.

¹⁹⁴ R. IONESCU, *op.cit.*, (v. note n°67), p. 69

host State has complied with the letter of the directive; if it has not, then any attempt to apply the Host State rules will breach both the directive and Article 49 EC. »¹⁹⁵.

La Cour aurait donc toujours tendance à faire prévaloir la protection des libertés de circulation avant la protection du travailleur dans son interprétation téléologique de la norme, rendant difficile l'invocation d'un abus de droit en vue de protéger les travailleurs. D'ailleurs la jurisprudence *Laval*, « make(s) it clear that it does not amount to abuse of european law to make use of free movement of services to exploit the comparative advantage of cheaper labour. »¹⁹⁶.

Dans l'hypothèse d'un revirement jurisprudentiel de la Cour qui accepterait alors de faire prévaloir la dimension de protection des travailleurs présente dans la directive 96/71, et considérerait donc le détachement litigieux comme contraire au but de la directive 96/71, il faudrait encore prouver que des manœuvres ont été mises en place dans le but unique d'obtenir un avantage, et cela par des manœuvres artificielles. Ce sera le cas par exemple d'un patron qui créerait une entreprise dans un Etat avec une législation sociale moins contraignante, embaucherait du personnel de son Etat d'origine dans le pays étranger où il a établi sa société, et feindrait un détachement des travailleurs sur le sol du pays d'origine. Ce pourrait aussi être le cas d'un employeur qui, sous couvert du détachement, assurerait un roulement de ses travailleurs de telle sorte qu'une présence permanente sur le sol de l'Etat d'accueil soit assurée.

En réalité l'invocation de la théorie de l'abus de la liberté de prestation de services, sous l'angle de la directive 96/71, paraît vouée à l'échec, et ce malgré l'émergence d'un principe général d'abus de droit. Celui-ci ne semble pas encore assez développé que pour s'appliquer à l'essence même de l'union européenne et du marché commun, à savoir les libertés de circulation. La Cour ne perd pas de vue que la subordination des libertés de circulation aux droits sociaux des citoyens ne serait pas viable pour un marché unifié, et menacerait même les acquis des cinquante dernières années, menant à l'évincement

¹⁹⁵ C. BARNARD, *op.cit.*, (v. note n° 92), p. 99 - 100

¹⁹⁶ C. BARNARD, *op.cit.*, (v. note n° 92), p.100

systematique des libertés de circulation. Dès lors, malgré le pas réalisé par la Cour de justice pour une reconnaissance officielle de l'abus de droit en droit européen, il n'est pas encore question d'une réelle protection des travailleurs par ce biais. Comme le consacre C. Barnard, « it seems unlikely that the first situation outline above ('hire us, we're out-of-state and so cheaper') satisfies the *Emsland-Stärke* test. In essence, the out-of-state company is merely taking advantage of its competitive position. (...)»¹⁹⁷

¹⁹⁷ C. BARNARD, *op.cit.*, (v. note n°92), p.102-103

CONCLUSION

Au cours de notre réflexion, nous avons démontré que l'Europe, organisation créée en faveur de la paix à une époque troublée de l'histoire occidentale, s'est progressivement transformée en une organisation bien plus complexe. Dès la création du Traité de Rome, même si les droits sociaux ne sont pas la priorité qui président à sa rédaction, la dimension sociale n'est pas oubliée des rédacteurs. Cependant, l'Union européenne, reste une organisation libérale, souhaitant avant tout le développement d'une unité économique. Celle-ci se soucie de l'amélioration des conditions de vie de ses citoyens, mais ne perd pas de vue son objectif premier : la mise en place et le développement du marché commun. Nous avons mis en lumière cette tension au travers de notre premier titre et nous avons constaté que malgré la reconnaissance par l'Europe de la nécessité de prendre en compte une dimension sociale, la dimension économique reste prépondérante au sein de l'organisation.

Ensuite, alors que l'Europe s'ouvre et s'adjoint de nouveaux membres, surgissent de nouvelles préoccupations. Une nouvelle main d'œuvre fait son apparition sur le marché et déséquilibre la concurrence par des prix bien plus attractifs. On assiste alors à un mouvement de repli des anciens Etats membres, barrant l'entrée aux nouveaux venus, et le législateur européen se décide à intervenir.

A cette époque, il faut prendre position sur deux aspect du détachement: le problème de concurrence déséquilibrée, mais aussi celui du droit des travailleurs. Ces deux aspects seront pris en compte dans la directive 96/71 CE. Commence alors un débat quant à savoir laquelle de ces protections est la plus prégnante dans les cas où elles entrent en conflit. Comme le souligne M. Fallon : « Certes l'objectif de protection du travailleur n'est pas absent mais il se manifeste seulement par « la reconnaissance d'une protection minimale », l'assurance de bénéficier « de meilleures conditions de travail et d'emploi » dans l'Etat membre d'accueil « si le niveau de protection accordé dans l'Etat membre d'origine (...) »

est inférieur ». »¹⁹⁸. On peut donc constater que l'objectif de protection du travailleur n'est pas totalement satisfait par la législation européenne, qui est de plus interprétée de façon très restrictive par la jurisprudence de la Cour.

Dès lors, afin d'envisager sous un autre angle l'objectif de protection des travailleurs, nous avons analysé la possibilité de restreindre la liberté de prestation de services via la théorie de l'abus de droit. Il paraît clair que cette théorie revêt désormais une importance particulière dans l'ordre juridique de l'Union puisqu'elle a été élevée au rang de principe général de droit européen. Cependant, la Cour de justice reste persévère à accorder une place prépondérante aux échanges économiques. Elle met un point d'honneur à protéger ceux-ci, au détriment d'une approche sociale du droit de l'union. En effet, si la Cour estime que ces deux dimensions doivent être conciliées, la protection d'un droit social ne peut cependant pas rendre l'application des libertés moins attrayante.

Nous pensons qu'il est normal que la Cour se positionne en gardienne des libertés. Comme nous l'avons déjà évoqué, ce sont des piliers de la construction européenne que les Etats Membres ont à cœur de contrôler afin de maintenir la compétitivité de leur économie¹⁹⁹. Les particuliers, au contraire, ont à cœur de trouver le régime qui leur sera plus favorable en mettant en place des stratégies et en faisant appel au *forum shopping*. Mais il ne faut pas oublier que les libertés de circulation, même dans des cas que l'on pourrait qualifier de *border line*, sont un puissant moteur de l'intégration européenne²⁰⁰.

C'est d'ailleurs ce que rappelle S. Vogenauer dans un article sur l'émergence d'un principe général d'abus de droit en droit européen : « The freedoms are meant to promote the Union's key goal of market integration and thus encourage the movement of persons, goods, services, and capital between jurisdictions. As a general rule, it is clearly legitimate and even desirable that citizens and companies should exploit the differences between regulatory regimes for their own (and ultimately for the overall) benefit. As a matter of

¹⁹⁸ M. FALLON, *op.cit.*, (v. note n° 35), p. 815-816

¹⁹⁹ A. DONNETTE, *op.cit.*, (v. note n° 47), p. 351

²⁰⁰ A. ILIOPOULOU-PENOT, *op.cit.*, (v. note n° 145), p. 200

principle, such choices ought to be protected, rather than being labelled ‘abusive’ and prohibited: ‘Community law can have no complaint with such mobility; rather it is precisely the objective of community law to promote mobility’. »²⁰¹

Cependant, la mobilité ne peut être promue à tout prix, il convient de trouver un équilibre entre l’intégration poursuivie par l’Union, les intérêts des Etats Membres²⁰² et ceux de leurs ressortissants.

« Prohibition of abuse of law is a mechanism for resolving the tension between market integration and national sovereignty by spelling out the conditions in which regulatory arbitrage is and is not permitted. In the light of the overriding goal of market integration such a mechanism must have freedom of choice as the rule and restriction based on abusive behaviour must be the exception. »²⁰³

La Cour se montre encore timide à appliquer la théorie de l’abus de droit à la libre prestation de services dans le but de protéger le droit des travailleurs, hésitant à « dégager des conséquences concrètes du principe de l’interdiction de l’abus. »²⁰⁴. Bien que l’évolution de cette matière complexe soit encore inconnue, il serait à notre avis de bon ton, que l’Europe remette en question sa position au sujet de la protection des droits des travailleurs détachés. A notre sens, il s’agit d’un problème qui s’accroîtra faute d’une réelle prise de position de l’Union.

Nous voyons deux raisons principales pour une modification de l’approche de la Cour face à l’abus de libertés de circulation.

Tout d’abord il s’agit de ne pas s’enfermer dans un « dogmatisme juridique »²⁰⁵, refusant de prendre en compte les faits et l’importance des dérives liées au détachement des travailleurs. Il s’agit d’un sujet sensible et d’une grande actualité, et comme nous l’enseignait G. Farjat en 1971 déjà, le droit économique a besoin d’une analyse au plus

²⁰¹ S. VOGENAUER, *op.cit.*, (v. note n° 151), p. 549 – 550.

²⁰² S. VOGENAUER, *op.cit.*, (v. note n° 151), p. 550

²⁰³ *Ibidem*, (v. note n° 202)

²⁰⁴ A. ILIOPOULOU-PENOT, *op.cit.*, (v. note n° 145), p.197

²⁰⁵ G. FARJAT, *Droit économique*, Paris, PUF, 1971, p. 401

près des faits, qui lui permettra de réguler ceux-ci de manière juste²⁰⁶. L'abus de droit est une notion suffisamment flexible que pour permettre de combler les manques de la législation actuelle tout en régulant les situations problématiques au regard du droit des travailleurs.

Ensuite, rappelons que les experts s'étant investis dans la rédaction du rapport Spaak tenaient à donner à leurs propos un « *aspect positif* – consistant dans la création d'une véritable solidarité économique sans laquelle, en définitive, les diverses mesures qui pourraient être prises resteraient dénuées d'orientation profonde »²⁰⁷. Aujourd'hui l'Union est perçue comme une organisation libérale ayant été créée pour garantir la paix. Quelles étaient les motivations profondes, l'élan originel ayant guidé les penseurs de l'Europe des premiers Traités ? Pour répondre à cette question, nous choisissons les mots de... qui rend au débat sa portée politique initiale « Les hommes qui écrivirent le Traité de Rome « mesuraient fort bien l'importance des transformations économiques auxquels ils venaient de procéder, mais si grandes fussent elles, elles n'étaient cependant dans leur esprit que l'accessoire, ou tout au moins, la première étape d'une révolution politique plus importante encore » »²⁰⁸.

Ces raisons nous conduisent à penser que, bien que la notion d'abus de droit soit complexe et présente des failles, elle constitue une solution temporaire acceptable en l'absence de prise de position substantielle du législateur. Cela ne constitue cependant, à notre sens, qu'une solution de fortune. En effet, afin de réaliser l'objectif politique profond imaginé par les créateurs de l'Union, on ne peut se passer d'une prise de position législative, menée par une vision claire de l'objectif à réaliser. Selon nous, le législateur sera, tôt ou tard, amené à se prononcer de manière plus ferme afin de protéger le droit des travailleurs détachés, mais aussi des travailleurs au sens large.

²⁰⁶ G. FARJAT, *op.cit.*, (v. note n° 206), p. 402 - 403

²⁰⁷ S. DE LA ROSA, *op.cit.*, (v. note n° 17), p. 39

²⁰⁸ *Ibidem*, (v. note n° 207)

BIBLIOGRAPHIE

Législation

- Traité Instituant la Communauté européenne, signé à Rome le 25 mars 1957
- Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992.
- Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (version consolidée)
- Directive 96/71/CE du parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *J.O.C.E*, L 018, 21 janvier 1997 p. 1 à 6
- Directive 2014/67/UE du Parlement Européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement des 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, *J.O.U.E*, L 159/11, 28/05/2014.
- Rapport des chefs de délégations aux ministres des affaires étrangères (Rapport Spaak) du Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, disponible sur : http://aei.pitt.edu/996/1/Spaak_report_french.pdf
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions - La mise en oeuvre de la directive 96/71/CE dans les États membres, COM (2003) 458, final.

Jurisprudence

- C.J.C.E., 3 décembre 1974, (Johannes Henricus Maria van Binsbergen contre Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid), 33-74, *Rec.* 1974, p.1299
- C.J.C.E., 7 février 1979, (J. Knoors contre Secrétaire d'Etat aux affaires économiques), 115/78. *Rec.*, 1979, p. 399
- C.J.C.E., 20 février 1979, (Rewe-Zentral AG contre Bundesmonopolverwaltung für Branntwein), 120/78, *Rec.*, 1979, p.00649
- C.J.C.E. (6^e ch.), 27 mars 1990, (Rush Portuguesa Ld^a c. Office national d'immigration), C-113/89, *Rec.*, 1990, p. I-01417
- Conclusions de l'avocat général Van Gerven présentées le 7 mars 1990, dans C.J.C.E., Rush Portuguesa Ld^a contre Office national d'immigration, C-113/89 *Rec.*, 1990, p. I-01417
- C.J.C.E., 12 mai 1998, (Kefalas e.a. contre Elliniko Dimosio (État hellénique) et Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)), C-367/96, *Rec.*, 1998, p. I-2843
- C.J.C.E., 9 mars 1999, (Centros Ltd contre Erhvervs- og Selskabsstyrelsen), C-212/97, *Rec.*, 1999, p.I-1459
- C.J.C.E., 23 novembre 1999, (Jean-Claude Arblade et Arblade & Fils SARL et Bernard Leloup, Serge Leloup et Sofrage SARL), aff. jointes C-369/96 et C-376/96, *Rec.*, 1999, p. I-08453
- C.J.C.E., 14 décembre 2000, (Emsland-Stärke GmbH contre Hauptzollamt Hamburg-Jonas.), C-110/99, *Rec.*, 2000, p. I-11569
- C.J.C.E (1^e ch.), 5 juillet 2007, (Hans Markus Kofoed contre Skatteministeriet), C-321/05, *Rec.*, 2007, p. I-05795

- C.J.C.E. (Gr. Ch.), 11 décembre 2007, (International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti), C- 438/05, *Rec.*, 2007, p. I-10779
- C.J.C.E. (Gr. Ch.), 18 décembre 2007, (Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet), C-341/05, *Rec.*, 2007, p. I-11767
- C.J.C.E. (2^e ch.), 3 avril 2008, (Dirk Ruffert contre Land Niedersachsen), C- 346/06, *Rec.*, 2008, p.I-1989
- C.J.C.E. (1^e ch.), 19 juin 2008, (Commission des Communautés européennes contre Grand-Duché de Luxembourg.), C- 319/06, *Rec.*, 2008, p. I-4323

Doctrine

- AMAND, C., « Abus de droit, fraude à la loi et pratiques abusives, approche européenne et belge. », *R.G.C.F.*, 3/2009, p. 177-197.
- BARNARD, C., « The notion of abuse and the freedom to provide services: a Labour Lawyer's perspective », *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law ?*, sous la dir. de DE LA FERIA, R., et VOGENAUER, S., Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 93-104
- CARTOU, L., *Le marché commun et le droit public*, Paris, Sirey, 1959, 199 p.
- CLESSE, C.-E., « Le plombier polonais est-il de retour? Incidence de l'arrêt *Laval* sur le système des conventions collectives belges et le respect des rémunérations y contenues », *J.T.T.*, 2008, p.220-223.

- DEFOSSEZ, A., « Le dépassement de la question du dumping social : une condition nécessaire à une meilleure application de la directive détachement », *T.S.R /R.D.S*, 2014/1, p. 89-131.
- DEFOSSEZ, A., « Détachement des travailleurs, ordre public et dumping social, suite et certainement pas fin », obs. sous C.J.C.E., 19 juin 2008, Commission c. Luxembourg, *Rev. dr. ULg*, 2008/4, p.602-612.
- DE LA ROSA, S., « L'écriture des libertés de circulation », *L'unité des libertés de circulations in varietate concordia ?*, sous la dir. de DUBOUT, E., et MAITROT DE LA MOTTE, A., Bruxelles, Bruylant, 2013, p.9-39
- DOLLAT, P., *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 560p.
- DONNETTE, A., « À propos d'une rencontre mouvementée entre droit social et droit du marché Les arrêts *Viking, Laval, Rüffert* et *Luxembourg* », *R.A.E. –L.E.A.*, 2007-2008/2, p. 341-358.
- FALLON, M., « Le détachement européen des travailleurs: à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Rev.Crit.de Dr. Int. Privé* 97(4), Octobre-décembre 2008, p.781 – 818.
- FALLON, M., « Faut il réécrire les libertés de circulation? », *l'unité des libertés de circulation, in varietate concordia ?*, sous la dir. de DUBOUT, E., et MAITROT DE LA MOTTE, A., Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 413-448.
- FARJAT, G., *Droit économique*, Paris, PUF, 1971, 443p.
- FAULL, J., « 'Prohibition of Abuse of Law' : a new general principle of EU Law », *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law ?*, sous la dir. de DE LA FERIA, R., et VOGENAUER, S., Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 291-295.
- GRAVIERE, L., « L'abus de droit en droit communautaire : une réponse nuancée de la Cour de justice aux stratégies juridiques des entreprises », *les stratégies juridiques des entreprises*, sous la dir. de MASSON, A., Bruxelles, Larcier, 2009, p.493-506

- ILIOPOULOU-PENOT, A., « Libertés de circulation et abus de droit », *L'unité des libertés de circulation: In varietate concordia?*, sous la direction de DUBOUT, E., et MAITROT DE LA MOTTE, A., Bruxelles, Bruylant, 2013, p.185-204.
- IONESCU, R., *L'abus de droit en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 588 p.
- KARAYANNIS, V., « L'abus de droits découlant de l'ordre juridique communautaire à propos de l'arrêt C-367/96 Alexandros Kefalas E.A Elliniko Dimosio (état hellénique) », *cahiers de droit européen*, 1999, p. 521 - 535
- LABERNEDE, R., « les limites aux stratégies juridiques : l'exemple de l'abus de droit », *les stratégies juridiques des entreprises*, sous la dir. de MASSON, A., Bruxelles, Larcier, 2009, p. 473-492
- LANTIN, B., « le détachement des travailleurs étrangers en Belgique », *orientations*, n°1, janvier 2003, p. 2-17
- LENAERTS, A., « The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights : A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law », *E.R.P.L.*, 6-2010, p. 1121-1154
- MARZO, C., “diversité, cohérence et hiérarchie des politiques et actions intra-communautaires: l'exemple de la libre circulation des personnes et de la citoyenneté européenne”, *Le droit, les institutions et les politiques de l'Union européenne face à l'impératif de cohérence*, sous la dir. de MICHEL, V., Strasbourg, presses universitaires de Strasbourg, 2009, p.353-371
- MAVRIDIS, P., « Détachement des travailleurs dans l'Union européenne : le juge national, arbitre ou soumis au principe du pays d'origine – Commentaire sur l'arrêt *Kiere* de la Cour de justice (26 janvier 2006, aff. C-2/05) », *J.T.T.*, 2006/14, n° 948, p. 225-233.
- MOREIRA, A., « Europa: desafios e debilidades », *(re)pensar a Europa*, Sous la dir. de Tavares Ribeiro, M.-M., Portugal (Coimbra), Almedina, 2009, 172 p.

- MORSA, M., « Le détachement des travailleurs, ou le difficile équilibre entre les libertés du marché et les droits sociaux fondamentaux ! », *J.T.T.*, 2014/12, n° 1186, p. 177-193
- MORSA, M., « L'arrêt format de la C.J.U.E. du 5 octobre 2012, aff. C-115/11 ou comment les règles de coordination européennes des systèmes de sécurité sociale peuvent éviter le *dumping* social lorsqu'elles sont correctement appliquées », *J.T.T.*, 2013/28, n° 1172, p. 469-472
- MORSA, M., *Sécurité sociale, libre circulation et citoyenneté européennes*, Limal, Anthémis, 2012, 480 p.
- RIDEAU, E., *Euratom, Marché commun, et CECA, bilan, espoirs et risques*, Paris, Ed. Ouvrières, 1957, 157 p.
- RODIERE, P., *Droit Social de l'Union Européenne*, Paris, Traité, LGDJ, 3è éd., 2008, 698p.
- RODIERE, P., « Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne dans la jurisprudence de la Cour de justice », *RDT eur.* 42(1), janv.-mars 2006, p. 163-181.
- ROSAS, A., « Les travailleurs détachés dans l'espace social européen – la jurisprudence récente », *De Rome à Lisbonne : les juridictions de l'Union européenne à la croisée des chemins : mélanges en l'honneur de Paolo Mengozzi*, sous la coord. de KRONENBERGER, V., D'ALESSIO, M.-T., PLACCO, V., Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 387 – 406.
- SIBONY, A.-L., « Libre prestation de services et droit d'établissement : les stratégies des entreprises », *L'unité des libertés de circulation: In varietate concordia?*, sous la dir. de DUBOUT, E., et MAITROT DE LA MOTTE, A., Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 251-275.
- SPAVENTA, E., « Comments on Abuse of Law and the Free Movement of Workers », *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law ?*, sous la dir. de DE LA FERIA, R., et VOGENAUER, S., Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 315-320.

- TRIANTAFYLLOU, D., « L'interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire », *C.D.E.*, n° 5-6, 2002, p. 611-632.
- VERSCHUEREN, H., « sécurité sociale et détachement au sein de l'Union européenne. L'affaire Herbosch Kiere : une occasion manquée dans la lutte contre le dumping social transfrontalier et la fraude sociale », *R.B.S.S.*, 3/2006, p. 405-447.
- VOGENAUER, S., « The prohibition of abuse of law : An emerging general principle of EU Law », *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law ?*, sous la dir. de DE LA FERIA, R., et VOGENAUER, S., Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 521- 571
- WEATHERILL, S., « Fitting abuse of rights into EU Law governing the free movements of goods and services », *Prohibition of Abuse of Law: a New General Principle of EU Law ?*, sous la dir. de DE LA FERIA, R., et VOGENAUER, S., Oxford, Hart Publishing, 2011, p. 49-61.
- WEBER, D., « Abuse of law, European Court of Justice, 14 december 2000, Case C-110/99, Emsland-Stärke », *L.I.E.I.*, 31 (1), 2004, p.43-55
- X. « C-438/05 International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti, arrêt du 11 décembre 2007 », Résumé d'arrêts importants, service juridique de la Commission Européenne, disponible sur http://ec.europa.eu/dgs/legal_service/arrets/05c438_fr.pdf
- X., « Une Europe en paix – Les débuts d'une coopération », disponible sur http://europa.eu/about-eu/eu-history/1945-1959/index_fr.htm

