



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de  
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*DÉTACHEMENT DANS LE CADRE D'UNE PRESTATION DE TRAVAIL INTERNATIONALE -  
. - VERS UNE RÉVISION DU DROIT COMMUNAUTAIRE*

ISABELLE DESBARATS

Référence de publication : Cahiers de droit de l'entreprise n° 3, Mai 2013, dossier 18

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,  
contacter [portail-publi@ut-capitole.fr](mailto:portail-publi@ut-capitole.fr)

## DÉTACHEMENT DANS LE CADRE D'UNE PRESTATION DE TRAVAIL INTERNATIONALE - . - VERS UNE RÉVISION DU DROIT COMMUNAUTAIRE

*La thématique du détachement dans le cadre d'une prestation de service transfrontalière est toujours d'actualité et suscite les passions. Si la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 a été adoptée avec le double objectif de garantir une concurrence loyale tout en assurant le respect des droits des travailleurs, la façon dont la directive a choisi d'articuler libertés économiques et droits sociaux fondamentaux a suscité de vives polémiques, conduisant à un appel en faveur d'une modification des règles en vigueur. Une révision qui n'a cependant pas la force de l'évidence, si l'on en juge par le sort qui vient d'être infligé à l'une des propositions phares émise par la Commission pour répondre à l'émotion suscitée par les affaires Laval, Viking ou Rüffert.*

« Michel Sapin s'engage à lutter contre les salaires à prix cassés »<sup>Note 1</sup>... : il serait, selon le ministre du Travail, « illégal que s'applique, sur le sol français, un droit du travail qui ne serait pas le droit du travail français. Être payé en France au SMIC polonais, c'est illégal, ces situations-là seront poursuivies (...), jugées et condamnées »...

Incontestablement, la thématique du détachement dans le cadre d'une prestation de service transfrontalière est toujours d'actualité et suscite les passions : une question dont il convient de rappeler le contexte juridique étroitement lié, on le sait, au principe de libre prestation des services<sup>Note 2</sup>, liberté essentielle au bon fonctionnement du marché intérieur au même titre que la liberté d'établissement. Rappelons en effet que – si ce principe implique qu'un prestataire de services établi dans un pays de l'Union européenne a le droit de détacher temporairement des travailleurs dans un autre État pour y prester un service – ceux-ci n'intègrent pas le marché du travail du pays d'accueil puisqu'ils demeurent sous la subordination juridique de l'entreprise implantée dans l'État d'origine : un tel détachement étant en principe temporaire, la relation de travail entre l'entreprise et ses salariés demeure donc régie par le droit du pays d'envoi et non par celui où s'effectue la prestation.

Certes, cette liberté de prester des services dans d'autres pays que celui d'origine présente l'intérêt d'offrir aux clients un large choix de prestataires comme elle peut également répondre aux pénuries de main-d'œuvre caractérisant certains secteurs économiques, tels que la construction, l'agriculture ou les transports<sup>Note 3</sup>. Néanmoins, le risque majeur est que pareille liberté – contribuant à la croissance économique – génère simultanément des risques de dumping social, en organisant la confrontation des

entreprises et des travailleurs locaux à la concurrence (déloyale ?) de prestataires de pays où les règles en matière de protection des travailleurs et de niveau de cotisations sociales sont moins contraignantes que celles du pays d'accueil. C'est, en tout cas, pour faciliter les opérations de détachement de travailleurs sans méconnaître « les risques induits par une libre prestation de service « débridée » »<sup>Note 4</sup> que la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 a été adoptée : un texte dont le double objectif était de garantir une concurrence loyale tout en assurant le respect des droits des travailleurs<sup>Note 5</sup>.

Mais comme le confirme l'actualité, il s'agit là d'objectifs difficiles à concrétiser dans un contexte caractérisé par une diversification – voire une opacification – des formes de détachement possibles<sup>Note 6</sup> : des opérations aux impacts politiques et socio-économiques accrus par les vagues d'adhésion ayant permis à l'Union européenne de passer de six pays en 1957 à vingt-sept aujourd'hui et bientôt vingt-huit<sup>Note 7</sup>. Alors que l'Union européenne ne peut juridiquement instaurer un salaire minimum communautaire, rappelons en effet que tous les États membres ne sont pas dotés d'une réglementation nationale établissant un salaire minimum légal et que, parmi ceux concernés, le niveau des minima salariaux varie fortement puisqu'il est de 157 € en Roumanie contre 1 874 € par mois au Luxembourg<sup>Note 8</sup>. Quant aux États n'ayant pas fixé un tel plancher légal (Allemagne, Autriche, Danemark, Finlande, Suède...), un salaire minimum peut cependant y être négocié par les partenaires sociaux.

Dans ces conditions – et lorsqu'on sait encore que la proportion de bas salaires est très variable (pourcentages les plus élevés en Lettonie, Lituanie, Roumanie, Pologne ou Estonie, et les plus faibles en Suède, Finlande, ou encore France et Belgique)<sup>Note 9</sup> – quel état des lieux dresser de l'application de la directive 96/71/CE ? L'équilibre recherché entre concurrence loyale et protection des travailleurs détachés afin de promouvoir ainsi la libre prestation de service s'est-il concrétisé ou relève-t-il du mythe ?

On le sait bien : la façon dont la directive a choisi d'articuler libertés économiques et droits sociaux fondamentaux – combinée avec l'interprétation que les juges communautaires en ont donnée – a suscité de vives polémiques, conduisant à un appel en faveur d'une modification des règles en vigueur (1) : une révision qui, cependant, n'a pas la force de l'évidence, si l'on en juge par le sort qui vient d'être infligé à l'une des propositions phares émise par la Commission pour répondre à l'émotion suscitée par les affaires *Laval*, *Viking* ou *Rüffert* (2). L'enjeu, pourtant, n'est pas mince. Ces arrêts, en effet, ont « ravivé une ancienne fracture qui [n'a] jamais été comblée, à savoir le clivage entre ceux qui préconisent une plus grande intégration des marchés et ceux pour lesquels le fait d'invoquer les libertés économiques (...) représente une façon détournée d'obtenir le démantèlement de droits sociaux protégés au niveau national ». Ainsi peut-on craindre que « la résurgence de ce clivage [ou son maintien] [puisse] avoir pour

effet qu'une partie de l'opinion publique, des associations de travailleurs et des syndicats, (...) se retourne contre le marché unique et l'UE »<sup>Note 10</sup> : un risque d'ampleur croissante et qui se révèle bien difficile à juguler.

## **1. LIBERTES ECONOMIQUES ET DROITS SOCIAUX FONDAMENTAUX : UN DIALOGUE PROBLEMATIQUE**

Parmi les raisons avancées pour justifier une refondation des règles existantes, deux d'entre elles paraissent prépondérantes. Classique, la première concerne l'efficacité du contrôle dont la directive doit faire l'objet par les autorités compétentes<sup>Note 11</sup>. Plus récente, la seconde a trait au contenu même de cette directive alors même que c'est une réponse *a priori* convaincante qu'elle avait apportée à la question de savoir comment concilier concurrence loyale et lutte contre le dumping social tout en défendant les droits sociaux. En effet, son objectif était d'identifier un certain nombre de règles impératives, en vigueur dans le pays d'accueil, et devant s'appliquer à tous les travailleurs détachés, quelle que soit la loi applicable. Ce faisant, et comme les services de la Commission l'ont souligné, « ces dispositions facilitent considérablement la prestation transfrontalière de services puisque le prestataire de services n'est pas tenu de connaître et d'appliquer l'ensemble des règles d'emploi dans le pays d'accueil. Dans le même temps, la directive offre un niveau élevé de protection aux travailleurs détachés et empêche que les conditions de travail dans le pays d'accueil soient mises à mal par la concurrence ».<sup>Note 12</sup>

Dans les faits, la réalisation de ces objectifs s'est cependant heurtée à un double obstacle : au périmètre limité de la directive **(A)**, s'est ajoutée une interprétation restrictive – et controversée – du texte par la CJUE **(B)**.

### ***A. - Le champ matériel de la directive ? Une portée limitée***

Comme on l'a souligné<sup>Note 13</sup>, deux raisons majeures expliquent les difficultés rencontrées pour concrétiser les objectifs poursuivis par la directive 96/71/CE.

La première est en lien avec le fait que le respect des seules dispositions visées par ce texte ne saurait suffire pour lutter efficacement contre les risques de dumping social, entendu comme la situation dans laquelle des prestataires étrangers peuvent fournir un service à un prix inférieur à celui pratiqué par les prestataires locaux, grâce à des normes sociales moins exigeantes. Certes, il est vrai que cette directive contraint les entreprises prestataires à respecter un certain nombre de règles du pays d'accueil, notamment,

le taux de salaire minimal en vigueur<sup>Note 14</sup> afin que, dans la mesure du possible, les normes applicables aux salariés détachés reflètent celles appliquées aux travailleurs locaux et que le même type de contraintes pèse sur tous les employeurs. Néanmoins, on ne saurait occulter le fait que ces exigences n'englobent pas « la dimension « charges sociales », facteur pourtant essentiel du coût du travail et levier avéré de dumping social, eu égard aux substantielles disparités nationales en la matière (...) ». « Bien plus, par application des règles de coordination des législations de sécurité sociale, les employeurs qui procèdent à des détachements de salariés demeurent redevables des cotisations sociales dans leur État d'établissement<sup>Note 15</sup>. Il peut en résulter un avantage concurrentiel non négligeable dont la directive *Détachement* ne se préoccupe pas... mais qui n'a pas échappé à certains prestataires dont la domiciliation n'est pas toujours le fruit du hasard »<sup>Note 16</sup>. Une raison à cela : le fait qu'en matière de protection sociale, le détachement constitue une exception au principe selon lequel tout travailleur salarié qui exerce une activité professionnelle dans un autre pays est normalement soumis au régime de protection sociale de celui-ci ; voilà pourquoi, en pareil cas, le travailleur détaché reste assujéti à son régime initial de protection sociale, les modalités d'un tel maintien variant selon que le détachement a lieu dans ou hors Union européenne<sup>Note 17</sup>.

La déconnexion ainsi établie entre régime juridique applicable au contrat du salarié détaché et couverture sociale dont il bénéficie ne constitue cependant pas le seul obstacle à la réalisation des objectifs poursuivis par la directive : un autre phénomène y contribue qui reflète, cette fois, la difficulté d'assurer une réelle protection des travailleurs détachés<sup>Note 18</sup>. À cet égard, et comme rappelé précédemment, il est vrai que sur le plan de son contenu, cette directive est assise sur un « noyau dur » de règles minimales de protection de la loi du lieu d'exécution, applicables quelle que soit la loi applicable à la relation de travail<sup>Note 19</sup>. Rappelons ainsi que la teneur des matières visées est riche puisque celles-ci sont, notamment, les suivantes : périodes maximales de travail et périodes minimales de repos ; durée minimale des congés annuels payés ; taux de salaire minimal ; sécurité, santé et hygiène au travail ; mesures protectrices au bénéfice des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes ; égalité de traitement entre hommes et femmes (...). Quant à la nature des dispositions visées, il s'agit (par combinaison des § 1 et 8 de l'article 3) des dispositions législatives, réglementaires ou administratives auxquelles s'ajoutent les dispositions issues des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale au sens de l'article 3, § 8, pour certains domaines d'activité relevant du secteur de la construction visés en annexe. Conséquence ? La qualification de conventions collectives déclarées « d'application générale » s'avère dès lors fondamentale et l'on peut rappeler que l'article 3, § 8 entend par là « *les conventions collectives ou les sentences arbitrales qui doivent être respectées par toutes les entreprises appartenant au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territoriale de celles-ci* », ce qui correspond, en France, aux conventions collectives

dites étendues<sup>Note 20</sup>. Loin s'en faut, cependant, que ces précisions aient éradiqué toute interrogation, comme en témoignent deux affaires connues reflétant les difficultés d'application de la directive en ce domaine et qui, on va y revenir, ont opté pour une interprétation étroite de la notion de salaire minimum<sup>Note 21</sup>.

Quoi qu'il en soit – et si l'on ne saurait nier que le contenu de cette protection est consistant sous réserve de ce qui précède, – on ne saurait toutefois minimiser que sa portée est limitée puisque se trouve exclu tout ce qui relève des garanties collectives de travail : le fait est que « la directive *Détachement* ne prend pas en considération, au titre du noyau dur, les relations collectives », ce dont il résulte que – s'agissant de salariés déjà « placés dans une situation de relatif isolement » – « ce silence constitue une authentique lacune, que la jurisprudence de la Cour n'a pas contribué à combler »<sup>Note 22</sup>. En effet, s'est ajoutée – au champ limité de la directive – une interprétation stricte de la CJUE concernant, justement, le recours et la portée à l'action collective.

## ***B. - Une interprétation jurisprudentielle restrictive et controversée***

*Affaires Laval, Rüffert, Commission c/ Luxembourg*<sup>Note 23</sup> (concernant la prestation de services) mais également *Viking*<sup>Note 24</sup> (s'agissant de la liberté d'établissement) : tels sont les célèbres cas dont la CJUE a eu à connaître et qui ont suscité un tel émoi qu'ils constituent, sans nul doute, l'une des raisons à l'origine des demandes de révision des textes existants. Sans trop s'appesantir sur ces affaires bien connues, il convient en effet de rappeler que la CJUE a, non seulement, donné le sentiment de favoriser une interprétation très stricte de la directive (1), mais également choisi d'articuler libertés économiques et droits sociaux de telle sorte que certains en ont déduit qu'elle souhaitait faire prévaloir les premières sur les seconds (2).

### ***1° Interprétation très stricte de la directive***

Alors que la directive exige que, pour être applicable au titre du « noyau dur », la norme conventionnelle du pays d'accueil soit « déclarée d'application générale », que décider, d'abord, dans le cas où le taux de salaire minimal n'est fixé, dans cet État, ni par la loi, ni par une règle négociée de portée générale ? Telle est la question que la CJUE a dû trancher dans l'affaire *Laval* où émergeait, plus précisément encore, l'interrogation suivante<sup>Note 25</sup>. Devait-on appliquer le taux de salaire minimal prévu par

le droit suédois aux travailleurs détachés par une société de droit letton, alors même que ce taux n'était fixé, en droit suédois, ni par la loi, ni par un texte réglementaire, ni par une convention collective de portée générale ? En Suède, en effet, la fixation des *minima* salariaux résulte d'une négociation sectorielle entre partenaires sociaux.

Certaines décisions de la CJCE ont (...) été perçues comme favorisant une prééminence des libertés économiques sur les droits sociaux

C'est par la négative que le juge communautaire a répondu, « alors même que l'on aurait pu soutenir (...) que l'objectif [de] la directive imposait une interprétation large de celle-ci (...) quitte à soutenir, dans un second temps, que l'application du taux minimal assuré par le droit suédois créait une entrave disproportionnée à la liberté de prestation de services »<sup>Note 26</sup>. Et, de surcroît, c'est une approche tout aussi restrictive de la norme communautaire que la CJCE a retenue dans l'affaire *Rüffert*, puisqu'elle a refusé d'imposer à une entreprise prestataire d'appliquer un taux de salaire prévu par une convention collective régionale au motif qu'elle ne faisait l'objet d'aucune déclaration d'application générale<sup>Note 27</sup>. Conséquence ? C'est bien une approche stricte de la directive *Détachement* que le juge communautaire a fait prévaloir « en permettant à chacun des prestataires de services établis dans un autre État membre (en Lettonie pour l'affaire *Laval* ; en Pologne pour l'affaire *Rüffert*) de ne pas appliquer aux salariés détachés le taux de salaire de la convention collective de l'État d'accueil »<sup>Note 28</sup>. Très concrètement, il en est résulté, dans cette seconde affaire, qu'au nom « de la libre prestation des services et d'une libre concurrence mal comprise, les travailleurs polonais détachés [ont été] payés 53,5 % de moins que les travailleurs [locaux] [bénéficiant, eux] de la convention collective de Basse-Saxe »<sup>Note 29</sup>.

Dans ces conditions, le constat s'impose. À l'évidence, pareille approche ne peut que difficilement s'articuler avec l'objectif de protection pourtant *a priori* recherché par les autorités communautaires : au-delà, « la Cour ne semble avoir été désireuse de prendre en compte, ni le risque de dumping social auquel conduit une telle interprétation, ni la spécificité des mécanismes collectifs de protection des salariés issus des différents droits sociaux nationaux »<sup>Note 30</sup>.

Mais plus encore que cette approche jurisprudentielle<sup>Note 31</sup>, c'est « la conciliation opérée entre libertés économiques et droits sociaux fondamentaux » qui a également suscité des craintes<sup>Note 32</sup>.

## 2° Prééminence des libertés économiques sur les droits sociaux ?

Déjà stigmatisées en raison de leur caractère « antisocial »<sup>Note 33</sup>, certaines décisions de la CJCE ont, en effet, en outre été perçues comme favorisant une prééminence des libertés économiques sur les droits sociaux, notamment celui de mener des actions collectives. Au cœur de cette opinion : cette solution selon laquelle, si la CJUE a reconnu (notamment dans l'affaire *Laval*) que le droit à mener une action collective, y compris le droit de grève, est un droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire, elle lui a cependant dénié un traitement particulier en acceptant de le soustraire, au nom de ce statut de « droit fondamental », à une confrontation avec les autres libertés économiques protégées par le traité. Voilà pourquoi elle a été conduite à se demander si, en l'espèce, les actions collectives déclenchées à l'encontre du prestataire devaient, ou pas, s'analyser comme une restriction au sens de l'article 56 TFUE et, dans l'affirmative, si celle-ci pouvait être justifiée par des exigences impérieuses d'intérêt général<sup>Note 34</sup>... un raisonnement critiqué pour les motifs suivants. En effet, on en conclut « que, fût-il un droit fondamental, le droit d'action collective, y compris le droit de grève, [n'écarterait donc] pas le contrôle sur le terrain de l'entrave à la liberté de prestation de services »<sup>Note 35</sup>. En outre, « se dissimule un autre facteur de gêne » dès lors que, « *via* le contrôle juridictionnel de l'entrave aux libertés d'établissement ou de prestation de services, se trouve introduit un contrôle de l'opportunité de la grève »<sup>Note 36</sup>.

On le voit donc : alors que son objectif était de concilier libre prestation des services et protection des travailleurs, c'est un feu nourri de critiques que la directive *Détachement* a au contraire suscité, concernant tout particulièrement le rôle susceptible d'être joué par les syndicats dans la recherche d'une protection des salariés compatible avec le respect des grandes libertés économiques structurant l'espace communautaire. À noter d'ailleurs que, « dans son rapport de 2010, la commission d'experts de l'OIT (...) a, elle-même, souligné l'importance de ce problème et exprimé sa « grande préoccupation » à propos des limites pratiques à l'exercice effectif du droit de grève imposées par la jurisprudence de la Cour », alors même que « le droit de grève est consacré par la convention n° 87 de l'OIT, signée par tous les États membres de l'UE »<sup>Note 37</sup>.

Dans ces conditions, on comprend pourquoi la problématique du rôle devant être octroyé aux syndicats dans la protection des droits sociaux et celle du sort des actions collectives déclenchées dans ce but sont devenues tout aussi importantes que la question, plus classique, de l'efficacité du contrôle du respect des règles communautaires. C'est dans ce contexte – et pour ces raisons liées – que s'est ouvert un débat entre acteurs communautaires et nationaux en vue de clarifier les termes de la nécessaire conciliation entre libertés économiques et droits sociaux fondamentaux au sein de l'espace européen : bref, pour identifier de nouveaux équilibres.



## ***2. Libertés économiques et droits fondamentaux : à la recherche de nouveaux équilibres***

Une révision de la directive *Détachement* s'imposait-elle pour renforcer son application et répondre aux inquiétudes suscitées par son interprétation ? Alors que, pour la CES notamment, une réponse affirmative s'imposait, ce n'est pas cette option que soutint la Commission puisqu'elle préféra opter, le 21 mars 2012, pour l'adoption de deux textes complémentaires destinés à répondre aux principaux griefs adressés au droit jusque-là en vigueur.

Ainsi promit-elle un premier instrument – dit projet de règlement *Monti II*<sup>Note 38</sup> – visant à clarifier l'exercice des libertés économiques et des droits sociaux fondamentaux et s'inscrivant dans le sillage du règlement (CE) n° 2679/98 du 7 décembre 1998 relatif au fonctionnement du marché intérieur en matière de libre circulation des marchandises entre les États membres. Quant au second instrument, il prit la forme d'un projet de directive<sup>Note 39</sup>, censé identifier plus efficacement les détachements abusifs afin de renforcer l'efficacité des règles communautaires. Or il s'avère que – si la piste explorée par ce second instrument est toujours ouverte **(B)** – tel n'est plus le cas de la première : en effet, la Commission a décidé, en septembre 2012, de retirer son projet de règlement **(A)**.

### ***A. - Une voie désormais fermée : la réglementation des actions collectives en cas de détachement***

Premier volet des propositions faites par la Commission afin de mieux cerner et protéger les droits des travailleurs détachés par leur entreprise dans un autre pays de l'Union européenne pour y effectuer une prestation de services : une proposition de règlement du Conseil relatif « à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services »<sup>Note 40</sup> ; un projet qui contenait, notamment, un article 2 dont l'ambition était d'identifier les principes généraux devant structurer les rapports entre droits sociaux et libertés économiques. L'enjeu, pour la Commission, était considérable puisque le maintien du *statu quo* risquait, d'une part, d'entraîner « une perte du soutien apporté au marché unique par une part importante des parties prenantes et de créer un environnement hostile pour les entreprises, pouvant s'accompagner de comportements protectionnistes » et, d'autre part,

d'altérer l'exercice du droit de grève, les syndicats pouvant hésiter à y avoir recours en raison des incertitudes entourant une éventuelle intervention des juridictions nationales et communautaires.

Certes, il est vrai que ce projet de règlement avait pris soin de situer à équidistance droits sociaux et libertés économiques, excluant que les premiers puissent l'emporter sur les secondes et réciproquement. Mais cette approche égalitariste supposant que tous soient identiquement respectés, un tel raisonnement pouvait conduire à d'éventuelles restrictions apportées à la mise en œuvre des uns ou des autres. C'est dire que ce texte reprenait donc « l'idée issue de la jurisprudence qu'une action collective entrant en conflit avec les libertés économiques [devait être] soumise à un test de proportionnalité »<sup>Note 41</sup>, un test dont la vérification devait être confiée au premier chef aux juges nationaux<sup>Note 42</sup>. Un contrôle de la pertinence de l'action collective était ainsi toujours d'actualité, les juges restant en mesure d'évaluer si (et dans quelle mesure) une telle action se justifiait pour la réalisation d'un objectif légitime de protection sociale. D'ailleurs, c'est bien ce que confirmaient les considérants 8 à 10 de la proposition de règlement aux termes desquels : « la protection des travailleurs (...) ainsi que la volonté d'éviter des perturbations sur le marché de l'emploi ont été reconnues comme constituant des raisons impérieuses d'intérêt général justifiant de restreindre l'exercice d'une des libertés fondamentales prévues par le droit de l'UE... Il convient que les syndicats conservent la capacité de mener des actions collectives pour garantir et protéger (...) les droits des travailleurs, à condition de le faire dans le respect des législations et pratiques de l'Union et des États membres... Tant les libertés économiques que les droits fondamentaux, ainsi que leur exercice effectif, peuvent donc faire l'objet de restrictions et de limitations ».

Or, c'est bien ainsi que les syndicats interprétèrent ce projet de règlement, puisque – par l'entremise de la CES – ils critiquèrent cette approche égalitaire susceptible de justifier des limites opposées à l'exercice du droit de grève et qu'ils appelèrent de leurs vœux une primauté, clairement affichée, des droits sociaux sur les libertés économiques. Quant aux parlements nationaux, plusieurs d'entre eux décidèrent de recourir, pour la première fois, à la procédure dite du « carton jaune »<sup>Note 43</sup> instaurée par le Traité de Lisbonne et qui permet à un tiers d'entre eux de demander à la Commission de revoir un projet d'acte législatif, s'ils jugent que celui-ci n'est pas conforme au principe de subsidiarité : ainsi, au motif que la réglementation du droit de grève relève de la compétence nationale, plusieurs parlements (dont celui de la France<sup>Note 44</sup>) condamnèrent cette proposition de règlement, dès lors qu'elle empiétait, selon eux, sur les compétences des États.

C'est dans ce contexte – mais, selon elle, pour des raisons plus politiques que juridiques<sup>Note 45</sup> – que la Commission a alors décidé de retirer son projet de règlement, en septembre 2012 :

– une décision significative parce qu'elle reflète la façon dont se répartissent les compétences entre l'Union européenne et les États membres et constitue une illustration du contrôle susceptible d'être exercé par les parlements nationaux sur les institutions européennes<sup>Note 46</sup> ;

– une décision bien reçue par les syndicats européens et notamment la confédération patronale Business Europe, selon laquelle « le droit de grève est et doit rester une question réglementée par l'échelon national » et pour qui « les arrêts de la CJUE sont suffisants pour juger de la proportionnalité d'une action syndicale dans une situation transfrontière, (de sorte) qu'une nouvelle initiative législative européenne est inutile »<sup>Note 47</sup> ;

– mais une décision laissant néanmoins en suspens les problématiques soulevées par les arrêts *Viking*, *Laval* et *Rüffert*, ce qui explique pourquoi la CES a demandé à la Commission de présenter une proposition de protocole de progrès social à joindre aux traités européens : un texte qui, selon elle, aurait l'intérêt de « clarifier la relation entre droits sociaux fondamentaux et libertés économiques »<sup>Note 48</sup>.

Dans ces conditions, le retrait de ce projet de règlement ne devrait-il pas faciliter l'adoption de l'autre volet du « paquet Monti II » : la proposition de directive relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services<sup>Note 49</sup> ?

Comme la première, cette seconde initiative est source, cependant, de multiples débats.

## ***B. - Une piste toujours ouverte : un encadrement renforcé des procédures de détachement***

À la question de savoir comment assurer à plus d'un million de travailleurs détachés chaque année une protection minimale<sup>Note 50</sup>, cette proposition de directive d'exécution ne répond pas en proposant une nouvelle définition du détachement ou bien un enrichissement des règles à respecter en pareil cas. En revanche, d'autres pistes sont explorées, qui, toutes, traduisent un souci de clarification des règles mais aussi des rôles incombant aux différents acteurs : une cible depuis longtemps visée par la Commission<sup>Note 51</sup>.

Premier objectif : améliorer les modalités d'accès aux informations sociales applicables dans le pays d'accueil dès lors qu'il s'agit là d'une condition *sine qua non* pour que les parties intéressées exercent leur activité économique conformément à la directive 96/71/CE et aux normes nationales de transposition<sup>Note 52</sup> : ainsi l'accent est-il mis sur le rôle des bureaux de liaisons et sur l'accessibilité et la clarté des informations dans les fiches pays (chapitre II). Deuxième objectif : renforcer la coopération administrative et l'assistance que les États membres doivent s'apporter mutuellement : dans ce but, sont préconisées une clarification du rôle de l'État membre d'établissement mais également l'adoption de mesures d'accompagnement visant à promouvoir et à améliorer la coopération administrative, ainsi qu'à accroître la confiance mutuelle (chapitre III). Troisième objectif : un renforcement des mesures de contrôles nationaux dans le respect de l'article 56 TFUE et à condition, par conséquent, d'éviter de créer ou de maintenir des restrictions injustifiées et disproportionnées à l'égard des prestataires de service<sup>Note 53</sup> (chapitre IV). Quatrième objectif enfin et comme on l'a souligné à juste titre<sup>Note 54</sup> : une lutte plus efficace contre les pratiques frauduleuses ou abusives de certaines entreprises prestataires, qu'elles se traduisent par des comportements tendant à échapper à l'emprise de la directive, ou (dans le cas où celle-ci s'appliquerait), à ne pas respecter l'obligation d'appliquer le « noyau dur » du droit du pays d'accueil.

La situation, à ce dernier égard, est d'ailleurs bien connue. On sait en effet qu'en dépit de la définition du travailleur détaché fournie par l'article 2, § 1 de la directive, de nombreuses zones d'ombre subsistent, qui concernent la question de savoir comment déterminer si un employeur est véritablement « établi » dans un État membre donné, la détermination des critères opérants pour établir le « caractère temporaire » de la tâche confiée au travailleur détaché ou bien encore l'identification de l'État où ce salarié « travaille habituellement ». C'est ainsi que – prospérant sur l'opacité des termes employés pour contourner les règles en vigueur – certaines pratiques frauduleuses se sont développées : les unes constituant de « simples » fraudes à la législation du travail, sans cependant nuire aux comptes sociaux ; les autres constituant des cas de fraudes sociales (à moins qu'il ne s'agisse « d'optimisation »...) destinés à éluder les cotisations de sécurité sociale<sup>Note 55</sup>.

Voilà pourquoi cette proposition de directive souhaite soumettre aux autorités nationales une liste indicative et non exhaustive de critères qualitatifs, destinés à les aider à apprécier si une situation litigieuse rentre, ou pas, dans le champ de la norme communautaire. Plus précisément encore, il s'agit là « de critères visant à évaluer la réalité du détachement et son caractère temporaire aussi bien qu'à repérer les pratiques de détachements successifs ou d'établissement dans un État membre afin de détacher des salariés dans un autre État membre »<sup>Note 56</sup> : autrement dit, « l'objectif est de prévenir les cas d'envoi de

travailleurs détachés par des entreprises d'un État membre qui n'ont pas d'autres liens avec celui-ci que d'y être installées pour détacher des salariés dans d'autres États ».<sup>Note 57.</sup>

C'est ainsi qu'une première liste de critères<sup>Note 58</sup> est destinée à permettre à l'autorité de contrôle de vérifier si une entreprise exerce – non pas seulement des activités de gestion interne et administrative – mais une réelle activité économique dans l'État où elle est implantée (prise en compte du lieu où sont implantés son siège statutaire et son administration centrale, de celui où elle a des bureaux, paye des impôts ou est affiliée à des organismes professionnels ; également, du lieu de recrutement des travailleurs détachés ; du droit applicable aux contrats conclus avec les salariés ; ou bien encore du nombre anormalement réduit de contrats exécutés et/ou du montant du chiffre d'affaires réalisé dans l'État membre d'établissement).

Par ailleurs, une seconde liste de critères doit permettre à l'autorité compétente de vérifier le maintien et la réalité d'un lien entre le salarié détaché et l'État membre dans lequel il travaille habituellement. Dans ce but, une attention particulière sera attachée au fait de savoir si les tâches sont accomplies dans un autre État membre pour une durée limitée ; si le travailleur détaché retourne ou est censé reprendre son activité dans l'État membre à partir duquel il a été détaché après l'achèvement des travaux ; ou bien encore si le voyage, la nourriture et l'hébergement sont pris en charge par l'employeur détachant le travailleur.

Au-delà de leur variété, un point commun à l'ensemble de ces indices : le fait qu'il s'agit là d'éléments factuels n'ayant qu'une valeur indicative dans l'évaluation globale qu'il convient d'effectuer et que l'on ne saurait donc apprécier isolément.

À ce stade, une interrogation majeure émerge alors : ces propositions seront-elles suffisantes pour lutter contre des pratiques frauduleuses se révélant préjudiciables, tant pour les individus qu'au regard de l'intérêt général et des finances publiques ? La réponse semble mitigée. En effet, si le texte est globalement perçu avec faveur, la CES regrette cependant l'absence de critères impératifs pour identifier les entreprises « boîtes à lettres » et autres cas de « faux détachements ». Une trop grande marge de manœuvre serait ainsi laissée aux États membres, le risque étant, cependant, qu'un encadrement trop précis limite excessivement les marges d'action des autorités de contrôle.

En tout état de cause, un point semble certain : loin s'en faut que l'adoption de ce projet de directive se révèle beaucoup plus aisée que celle du règlement *Monti II*. Preuve en est qu'après le retrait de

celui-ci, le Parlement envisagerait la suppression de l'une des dispositions les plus audacieuses de la proposition de directive<sup>Note 59</sup> : le principe dit de « responsabilité conjointe et solidaire » dont l'ambition est (était ?) de lutter contre les abus en matière de sous-traitance transfrontalière mais qui serait, selon certains, susceptible de nuire à la compétitivité des entreprises<sup>Note 60</sup>. Un argument pouvant être entendu dans la période actuelle de crise économique...

---

Note 1 Le Monde, 13 nov 2012.

Note 2 TFUE, art. 56.

Note 3 DGT, Analyse des déclarations de détachement des entreprises prestataires de services en France en 2011, sept. 2012.

Note 4 M. Del Sol et M. Le Barbier-Le Bris, Faut-il réviser la directive Détachement ? Une révision doublement nécessaire : RDT 2012, p. 262.

Note 5 PE et Cons. UE, dir. 96/71/CE, 16 déc. 1996, consid. 5.

Note 6 F. Muller, Détachement, mise à disposition, déplacement de travailleurs, prêt de main d'œuvre ; what else ? : DO 2011, 447 ; H. Guichaoua, La fraude à la prestation de services et au détachement de salariés sur le territoire français : panorama de la jurisprudence française : DO 2012, 543.

Note 7 La Croatie deviendra membre en 2013.

Note 8 Eurostat, janv. 2013 :

[http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics\\_explained/index.php/Minimum\\_wage\\_statistics](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Minimum_wage_statistics).

Note 9 Eurostat, déc. 2012 : Les bas salaires concernaient un salarié sur six dans l'UE27 en 2010 :

[http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY\\_PUBLIC/3-20122012-AP/FR/3-20122012-AP-FR.PDF](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/cache/ITY_PUBLIC/3-20122012-AP/FR/3-20122012-AP-FR.PDF).

Note 10 M. Monti, Rapp. Une nouvelle stratégie pour le marché unique, 9 mai 2010, p. 83.

Note 11 Sur cet aspect, V. P. Loubet, Contrôle de la prestation de services et du détachement : CDE 2013, dossier 19.

Note 12 Document de travail des services de la commission, résumé de l'analyse d'impact, 21 mars 2012, (swd (2012) 64 final).

Note 13 M. Del Sol et M. Le Barbier-Le Bris, préc.

Note 14 PE et Cons. UE, dir. 96/71/CE, 16 déc. 1996, préc., art. 3, § 1, c).

Note 15 PE et Cons. UE, règl. 883/2004/CE, 29 avr. 2004, art. 12.

Note 16 M. Del Sol et M. Le Barbier-Le Bris, préc.

Note 17 Le règlement de coordination (CE) n° 883/2004 et son règlement d'application (CE) n° 987/2009 ont pour objet de faciliter la libre circulation des personnes en cas de détachement intra communautaire, en permettant, d'une part, d'éviter une perte des droits lors des déplacements en Europe (UE27, Islande, Liechtenstein, Norvège et Suisse), et, d'autre part, de garantir une certaine continuité de leurs droits. En revanche, des conventions bilatérales de sécurité sociale s'appliquent en cas de détachement extra communautaire ([http://www.cleiss.fr/pdf/liste\\_accords\\_internationaux.pdf](http://www.cleiss.fr/pdf/liste_accords_internationaux.pdf)).

Note 18 En ce sens, M. Del Sol et M. Le Barbier-Le Bris, préc.

Note 19 PE et Cons. UE, dir. 96/71/CE, 16 déc. 1996, préc., art. 3, § 1.

Note 20 En ce sens, S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris et M. Del Sol, Droit social européen et international : Thémis Droit, PUF, 2010, p. 238.

Note 21 V. infra.

Note 22 M. Del Sol et M. Le Barbier-Le Bris, préc.

Note 23 CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319/06, Commission c/ Luxembourg : Europe 2008, comm. 269, obs. L. Driguez.

Note 24 CJCE, 11 déc. 2007, aff. C-438/05, Viking : JCP S 2007, act. 612.

Note 25 CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, Laval un Partneri Ltd : JCP E 2008, 1027.

Note 26 E. Lafuma, Analyse des projets de directive et de règlement sur le détachement des travailleurs : Liaisons Sociales Europe, mars 2012, p. 8.

Note 27 CJCE, 3 avr. 2008, aff. C-346/06, Rüffert : JCP S 2008, 1352 ; RDT 2008, p. 412, obs F. Sault-Seseke.

Note 28 E. Lafuma, préc., p. 10.

Note 29 S. Laulom et F. Lefresne, Dessein et destin de quatre arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes. Peut-on maintenir la spécificité des modèles sociaux en Europe ? : Revue de l'IRES, 2009/4, p. 138.

Note 30 E. Lafuma, préc.

Note 31 Également révélateur de cette tendance restrictive, V. CJCE, 19 juin 2008, aff. C-319/06, Comm. c/ Luxembourg : Europe 2008, comm. 269, obs. L. Driguez.

Note 32 En ce sens, E. Lafuma, préc. – V. M.-C. Amauger-Lattes et G. Jazottes, Libre prestation de services et circulation des travailleurs : entre concurrence et droit social : RJS 2007, p. 911.

Note 33 J.-P. Lhernould, La Cour de Justice de l'UE est-elle antisociale ? : RJS 2010, p. 507.

Note 34 Sur la justification de l'entrave, V. CJCE, 23 nov 1999, aff. C-369/96 et C-376/96, Arblade : JCP E 1999, p. 1995. – CJCE, 15 mars 2001, aff. C-165/98, Mazzoleni. – CJCE, 25 oct. 2001, aff. C-49/98 et al., Finalarte : Rec. CJCE, I, p. 7831 ; JCP E 2001, p. 1795.

Note 35 E. Lafuma, préc., p. 11.

Note 36 E. Lafuma, préc.

Note 37 Document de travail des services de la commission, résumé de l'analyse d'impact, 21 mars 2012, (swd (2012) 64 final).

Note 38 Fondé sur TFUE, art. 352 (dit « clause de flexibilité »).

Note 39 Fondé sur TFUE, art. 56.

Note 40 Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, COM(2012) 130 final, 21 mars 2012.

Note 41 Vers un cadre sur le détachement : Liaisons sociales Europe, n° 296, 9-22 févr. 2012, p. 1.

Note 42 Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, COM(2012) 130 final, 21 mars 2012, art. 3.

Note 43 Cette procédure est prévue à l'article 7 du protocole 2 sur les principes de subsidiarité et de proportionnalité.

Note 44 Sénat, Résolution européenne portant avis motivé sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives, n° 119, 22 mai 2012.

Note 45 V. les explications du porte-parole du commissaire européen en charge de l'Emploi, des Affaires sociales et de l'Inclusion (<http://www.europaforum.public.lu/fr/actualites/2012/09/comm-droit-greve-directive-detachement/index.html>).

Note 46 D. Simon, Première application effective de la procédure du « carton jaune subsidiarité » : Europe 2012, repère 7.

Note 47 « Le retrait de « Monti II » laisse les partenaires sociaux divisés » (<http://www.europolitique.info>).

Note 48 « La CES se félicite de la décision du retrait du règlement Monti II » (<http://www.etuc.org/a/10330>).

Note 49 COM(2012) 131 final. 2012/0061 (COD).

Note 50 Document de travail des services de la commission, résumé de l'analyse d'impact, 21 mars 2012, (swd (2012) 64 final).

Note 51 Comm. CE, recomm., 31 mars 2008 relative à l'amélioration de la coopération administrative dans le contexte du détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services : JOCE n° C 85, 4 avr. 2008, p. 1.

Note 52 Pour la France, s'agissant des obligations imposées aux entreprises établies à l'étranger et détachant des salariés en France, V. Circ. DGT n° 2008-17, 5 oct. 2008.



Note 53 Le juge communautaire contrôle strictement les mesures susceptibles de constituer une telle entrave, même celles destinées à protéger les travailleurs (CJCE, 27 mars 1990, aff. C-113/89, Rush Portuguesa, pt 17 ; CJCE, 21 oct. 2004, aff. C-445/03, Comm. c/ Luxembourg, pt 40 ; CJCE, 19 janv. 2006, aff. C-224/04, Comm. c/ Allemagne, pt 36).

Note 54 E. Lafuma, préc., p. 13.

Note 55 Pour un panorama de ces mécanismes de fraudes et/ou de stratégies « d'optimisation sociale », V. Rapp. d'information sur le détachement des travailleurs, présenté par Mme Anne Grommerch, févr. 2011, p. 70.

Note 56 E. Lafuma, préc., p. 13.

Note 57 Vers un cadre sur le détachement : Liaisons sociales Europe, n° 296, 9-22 févr. 2012, p. 1.

Note 58 Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, COM(2012) 130 final, 21 mars 2012, art. 3.

Note 59 Annonce faite le 28 novembre 2012 par la rapporteure Danuta Jazlowiecka (EPP, Pologne), lors de la présentation de son rapport en commission de l'Emploi et des Affaires sociales.

Note 60 « Des propositions nuisibles à la compétitivité, prévient Business Europe » (<http://www.europolitique.info/des-propositions-nuisibles-la-comp-titivit-pr-vient-business-europe-artr329396-23.html>).