

ANNUAIRE FRANÇAIS
DE
RELATIONS
INTERNATIONALES

2019

Volume XX

**PUBLICATION COURONNÉE PAR
L'ACADÉMIE DES SCIENCES MORALES ET POLITIQUES**

(Prix de la Fondation Edouard Bonnefous, 2008)



Université Panthéon-Assas
Centre Thucydide

LA RÉVISION DE LA DIRECTIVE SUR LE DÉTACHEMENT DES TRAVAILLEURS

PREMIER SUCCÈS DE LA FRANCE
AU SERVICE DE « L'EUROPE QUI PROTÈGE » ?

PAR

SOPHIE ROBIN-OLIVIER (*)

L'investissement de la France dans la préparation et l'adoption de la dernière directive sur le détachement des travailleurs dans le cadre des prestations de services (1) n'est un mystère pour personne. On le comprend aisément. Depuis que la question du détachement – ou, dans les termes, déjà un peu fanés, du débat politique, le problème de la concurrence déloyale du plombier polonais – a rythmé la campagne du référendum sur le Traité établissant une Constitution pour l'Europe, le détachement a cessé d'être un sujet de réflexion réservé aux spécialistes du droit du marché intérieur : il est devenu un sujet politique sur lequel un gouvernement peut espérer avoir le soutien de l'opinion et même gagner en popularité, alors même que la politique européenne suscite généralement peu d'enthousiasme. Le président Macron ne s'y est pas trompé en s'engageant personnellement dans l'adoption d'un texte (2) au cœur de cette idée de l'« *l'Europe qui protège* », une idée qui pourrait, peut-être, sauver l'Union.

Ce faisant, il ne s'est toutefois pas démarqué d'une ligne politique déjà tracée de longue date. Car l'engagement de la France pour l'adoption d'une directive destinée à encadrer la mobilité des travailleurs dans le cadre des prestations de services a presque trente ans. Avant même que le détachement devienne un objet du débat politique, l'efficacité de l'action de la France s'était illustrée dans la préparation de la première directive détachement, adoptée en 1996 (3). Cette mobilisation française en faveur d'un texte destiné à protéger, d'un même mouvement, le droit

(*) Professeur à l'Ecole de Droit de la Sorbonne (Université Panthéon-Sorbonne, France).

(1) Directive (UE) 2018/957 du Parlement européen et du Conseil du 28 juin 2018 modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *Journal officiel de l'Union européenne (JOUE)*, L 173, 9 juill. 2018, p. 16.

(2) Cf. notamment C. DUCOURTIEUX, « Travailliers détachés : un révision symbolique », *Le Monde*, 14 nov. 2017, et « Travailliers détachés : la révision de la directive est adoptée par le Parlement européen », *Le Monde*, 30 mai 2018.

(3) Directive 96/71 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *JOUE*, L 18, 21 jan. 1997, p. 1.

du travail national, les entreprises établies en France et les travailleurs détachés a pour épicerie le choc produit par l'arrêt *Rush Portuguesa* (4) : en reconnaissant que certaines dispositions de droit du travail français pouvaient être considérées comme des obstacles à la liberté de prestation de services, la Cour de justice mettait en lumière la fragilité des cadres nationaux dans lesquels s'organise la protection des travailleurs, lorsqu'ils sont évalués à l'aune de leurs effets sur le libre-échange européen. Certes, la Cour de justice admettait aussi, dans l'arrêt *Rush Portuguesa*, que le respect du salaire minimum et des conditions de travail fixées par la loi pouvait être imposé aux prestataires de services intervenant sur le territoire national (5). Toutefois, l'équilibre que la Cour de justice cherchait à établir entre les libertés économiques et la protection de l'intérêt général, tel que les Etats le conçoivent et qui inclut la protection des travailleurs (6), laissait planer de lourdes incertitudes, propres au contrôle de proportionnalité. C'est pour réduire cette incertitude et les fraudes susceptibles de se développer dans son ombre que la France a mené un premier combat, dans les années 1990, pour parvenir à un texte limitant la portée de la libre prestation de services.

Ce premier succès n'a pas suffi. La campagne du référendum de 2005 l'a montré et les arrêts *Viking* et *Laval* (7) en ont aussi fait la preuve. Depuis le tournant du siècle, la jurisprudence de la Cour de justice marquait sa préférence pour la réalisation du marché intérieur, à l'origine d'une concurrence sociale pourtant fort critiquée (8). Cette jurisprudence libérale, que la directive de 1996 n'a pas freinée, a nourri la demande de nouvelles règles permettant de lutter contre le *dumping* social. La révision du « noyau dur » de la directive de 1996 (9), qui concerne les droits dont les travailleurs détachés sont bénéficiaires dans l'Etat d'exécution temporaire du travail, n'allait toutefois pas de soi, en raison des divisions opposant les Etats : anciens contre nouveaux, Ouest contre Est, la fracture de l'Union était aussi nette que difficile à réduire. Faute de rapprochement sur cette question centrale, un texte, plus consensuel, a été adopté, en 2014 : la directive 2014/67 relative à l'exécution de la directive 96/71 (10) a renforcé les moyens de contrôle et de coopération entre les Etats membres et, dans

(4) Cour de justice des communautés européennes (CJCE), *Rush Portuguesa*, 27 mars 1990, C-113/89.

(5) *Id.*

(6) Cf. déjà CJCE, *Webb*, 17 déc. 1981, 279/80, et *Seco et Desquenne & Giral*, 3 fév. 1982, 62/81 et 63/81.

(7) CJCE, C-438/08, 11 décembre 2007, et C-341/07, 18 décembre 2007.

(8) En ce sens, M. RIGAUX, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale ?*, Bruylant, Bruxelles, 2010. L'auteur considère la libéralisation des échanges comme une menace pour le droit social (cf. notamment p. 117). Sur la question de la concurrence entre les normes sociales résultant de la construction du marché intérieur, cf. A. DEFOSSEZ, *Le Dumping social dans l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2014.

(9) Terme employé par le considérant 14 de la Directive.

(10) Directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n°1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur, *JOUE*, L 159, 28 mai 2014, pp. 11-31.

une certaine mesure, codifié de la jurisprudence de la Cour concernant la question des fraudes.

A la différence de ce texte, la nouvelle directive « Détachement » adoptée en juin a donc le mérite de porter sur la question la plus sensible, au point qu'on pouvait douter d'une adoption si rapide (11). Le nouveau texte procède à une révision du « noyau dur » de la directive 96/71 pour assurer « *un juste équilibre entre la nécessité de promouvoir la libre prestation des services et d'assurer des conditions de concurrence équitables, d'une part, et la nécessité de protéger les droits des travailleurs détachés, d'autre part* » (12). Ce meilleur équilibre est assurément une avancée de l'Europe qui protège, tout en assurant l'ouverture du marché. La face sombre, pour la France, est moins liée au contenu du texte, dont la mise en œuvre sera pourtant, sans nul doute, plus difficile encore que l'adoption, qu'à l'absence de cohérence de la politique sociale française, qui pourrait bien rendre la directive largement inefficace.

L'APPORT DU NOUVEAU TEXTE :
UN PAS EN AVANT DE « L'EUROPE QUI PROTÈGE »

Pour comprendre l'apport du texte, il faut revenir à la directive 96/71. Cette directive impose aux entreprises qui détachent des travailleurs dans un autre Etat membre pour l'accomplissement d'une prestation de services le respect d'un ensemble de droits sociaux, en application du droit de cet Etat. Ce « noyau dur » se présente comme une liste de dispositions impératives, figurant à l'article 3 de la directive. A ce titre, la directive 96/71 prévoyait notamment que doit être garanti l'application d'un « *taux de salaire minimal* ».

Or cette exigence de paiement du salaire minimal aux travailleurs détachés est apparue très largement insuffisante. D'une part, certains pays ne connaissent – ou ne connaissaient – pas cette notion de salaire minimal pour tous les travailleurs. D'autre part, la rémunération des travailleurs ne correspond pas, dans bien des cas, à ce taux minimal. S'en tenir au minimum, pour les travailleurs détachés, permettait donc de maintenir une concurrence fondée sur la différence des rémunérations. Sur un même lieu de travail, un même chantier notamment, des salaires différents pouvaient être versés à des travailleurs effectuant les mêmes tâches et ne se distinguant que par leur lieu de travail habituel, situé dans l'Etat dans lequel leur employeur se trouve établi.

(11) La proposition initiale de la Commission date du 8 mars 2016 (COM(2016)128). La procédure ayant conduit à l'adoption du texte a donc duré à peine plus de deux ans alors que la directive 96/71 avait nécessité plus de cinq années de débat (entre douze Etats membres et, surtout, sans les Etats d'Europe centrale et orientale, très opposés au texte). Pour une illustration des doutes exprimés par la doctrine, cf. A. DEFOSSEZ, « Directive 96/71 : article-by-article commentary », in E. ALEZ / M. BELL / O. DEINERT / S. ROBIN-OLIVIER, *International and European Labour Law*, Beck/Hart/Nomos 2018, p. 650

(12) Considérant 4 de la directive.

La directive de 2018 remédie à cette insuffisance en exigeant non plus le respect du salaire minimum mais l'octroi aux salariés détachés de « *la rémunération* » dont bénéficient les travailleurs locaux (13). Cette rémunération doit être déterminée par la législation et/ou les pratiques nationales de l'Etat membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché et englobe tous les éléments constitutifs de la rémunération rendus obligatoires par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales ou par des conventions collectives ou des sentences arbitrales qui, dans cet Etat membre, ont été déclarées d'application générale. La Cour de justice avait anticipé cette évolution, dans une décision rendue en 2015 (14). Mais la législation clarifie et renforce la solution. Elle s'efforce, notamment, d'en faciliter la mise en œuvre, en imposant aux Etats de publier sur un site Internet des informations précises, à jour et claires, sur les obligations liées au paiement de la « *rémunération* ».

Cette évolution ne permettra pas de mettre fin à la concurrence fondée sur le coût du travail, dans la mesure où elle ne concerne pas les cotisations sociales, qui dépendent non de la directive détachement, mais de la coordination des régimes de sécurité sociale, selon laquelle les travailleurs détachés continuent, pendant une période déterminée, de relever du système de l'Etat d'origine (15). On ne peut pour autant nier que l'égalité des rémunérations contribue aux objectifs de concurrence loyale et d'amélioration de la protection des travailleurs détachés.

D'autant que la nouvelle directive introduit également de nouvelles dispositions sur les conditions de déplacement et d'hébergement des travailleurs détachés. Il est ainsi explicitement prévu que les conditions d'hébergement des travailleurs, lorsque l'employeur propose un logement aux travailleurs éloignés de leur lieu de travail habituel, font partie du « *noyau dur* ». Cette précision est bienvenue car les conditions d'hébergement des travailleurs détachés ont été la source de difficultés récurrentes et des doutes existaient sur la possibilité de les faire entrer dans la catégorie des dispositions d'« *ordre public* » qui permet aux Etats, selon la directive de 1996, d'étendre le domaine du « *noyau dur* ». Le texte précise également le régime applicable aux frais (de voyage, d'hébergement et de nourriture) encourus en cas de détachement : ces frais doivent être

(13) Les considérants de la directive font également référence à la nécessité de comparer les niveaux « *bruts* » de rémunération et non la rémunération « *item par item* ».

(14) Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), 12 févr. 2015, C-396/13. Sur cette décision, cf. notamment J.-P. LHERNOULD, « Salaire minimal applicable au travailleur détaché : un nouveau *deal* ? », *Droit social*, 2015 p. 234 ; E. LAFUMA, « Le régime juridique du salaire minimal du travailleur détaché est précisé par la Cour de justice », *Revue de jurisprudence sociale*, 2015 pp. 362-363 ; F. JAULT-SESEKE / S. ROBIN-OLIVIER, « Contradiction dans le régime du détachement ? Une comparaison des arrêts *Sähköalojen ammattiliitto* et *A-rosa* », *Revue de droit du travail*, 2017, p. 562.

(15) Règlement (CE) n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *JOUE*, L 166, 30 avr. 2004, p. 1. Le règlement prévoit une durée de détachement de 24 mois.

pris en charge spécifiquement et ne sont pas décompté de la rémunération du travailleur (16).

Une autre innovation résultant de la directive de 2018 concerne l'introduction d'une limite temporelle au détachement (17). En vertu du nouveau texte, lorsque la durée effective d'un détachement sera supérieure à douze mois, les Etats membres veilleront à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises garantissent aux travailleurs qui sont détachés sur leur territoire, outre les conditions de travail et d'emploi visées dans le « *noyau dur* », toutes les conditions de travail et d'emploi applicables qui sont fixées dans l'Etat membre sur le territoire duquel le travail est exécuté, par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives et/ou par des conventions collectives ou des sentences arbitrales déclarées d'application générale ou qui s'appliquent à un autre titre. La limite de douze mois n'est toutefois pas absolue : le prestataire de service peut soumettre une notification motivée afin de porter cette limite à 18 mois.

Afin d'éviter les abus et comme le prévoit également le règlement 883/2004 de coordination des régimes de sécurité sociale (18), la directive de 2018 énonce que, si un travailleur remplace un autre travailleur pour effectuer la même tâche au même endroit, la durée de douze mois correspond à la durée cumulée des périodes de détachement de chacun des travailleurs détachés concernés. La notion « *même tâche au même endroit* » est déterminée compte tenu, entre autres, de la nature du service à fournir, du travail à exécuter et de l'adresse ou des adresses du lieu de travail. On conçoit évidemment que la vérification du respect de ces conditions ne sera pas aisée. Le renforcement des moyens de contrôle et de la coopération entre Etats membres sera donc une condition nécessaire à la mise en œuvre de cette nouvelle version du « *noyau dur* ». La directive d'exécution de 2014 ne perd pas son utilité, loin s'en faut, et il en est de même de la série de textes adoptés, en France, depuis 2014, qui sont tous centrés sur la lutte

(16) Considérant 8 : « *Les travailleurs détachés qui sont temporairement envoyés de leur lieu de travail habituel dans l'Etat membre d'accueil vers un autre lieu de travail, devraient bénéficier au minimum des mêmes allocations ou du même remboursement des dépenses en vue de couvrir les dépenses de voyage, de logement et de nourriture des travailleurs éloignés de leur domicile pour des raisons professionnelles que les allocations et le remboursement qui s'appliquent aux travailleurs locaux dans cet Etat membre. Il devrait en aller de même en ce qui concerne les dépenses encourues par les travailleurs détachés lorsqu'ils doivent se déplacer vers et depuis leur lieu de travail habituel dans l'Etat membre d'accueil. Il convient d'éviter le double paiement des dépenses de voyage, de logement et de nourriture* ».

(17) En faveur de cette limite, cf. M. POLAK, « *Laborum dulce leninem* Jurisdiction and choice of law aspects of employment contracts », in J. MEEUSEN et alii (dir.), *Enforcement of International Contracts in the EU*, Intersentia, Anvers, 2004, p. 329.

(18) Règlement (CE) n°883/2004, *op. cit.*

contre les fraudes, la prévention et la sanction de la violation des règles régissant le détachement des travailleurs (19).

Au plan européen, on peut donc considérer que, même si subsistent des difficultés difficiles à surmonter, spécialement en ce qui concerne le contrôle de la légalité des prestations de services internationales, la directive constitue un progrès dont la France peut s'enorgueillir. Cependant, cette évolution pourrait se trouver mise à mal par les récentes évolutions du droit du travail interne.

L'IMPLICATION EUROPÉENNE DE LA FRANCE
CONTREDITE PAR L'ÉVOLUTION DU DROIT DU TRAVAIL FRANÇAIS ?

Depuis l'arrêt *Laval*, on mesure mieux l'étau que représente, pour la négociation et les conventions collectives, le contrôle de proportionnalité exercé par la Cour de justice pour vérifier que les mesures restrictives justifiées par la protection des travailleurs ne vont pas au-delà de ce qui est nécessaire pour assurer cette protection, telle que la conçoit la Cour. Pour être justifiées, les dispositions des accords collectifs doivent être « *précises et accessibles* » et permettre aux entreprises de déterminer, par avance, leurs obligations (20). Il est donc exclu que soient imposées aux entreprises prestataires de services établies dans un autre Etat de l'Union des conditions de travail fixées par la négociation collective, de manière décentralisée.

Paradoxalement, en conditionnant le maintien des mesures ou actions protectrices de source conventionnelle à leur généralité ou à leur détermination par des instruments de nature réglementaire – qui ont l'avantage d'être accessibles et connus à l'avance –, la Cour de justice s'est donc montrée favorable à un modèle étatique de développement du droit du travail, qui passe par l'adoption de règles générales, alors que la négociation des conventions collectives, selon un modèle décentralisé, est *a priori* plus souple (21).

En France, la faveur paradoxale que la Cour de justice accorde aux normes d'application générale, dans sa jurisprudence relative au détachement, n'entraînait pas, jusqu'ici, de grande difficulté d'ajustement : pour une part non négligeable, les conditions de travail y étaient, traditionnellement,

(19) Loi n°2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale ; Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques, art. 279 et suiv. ; Loi n°2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, art. 105 et suiv. ; Loi n°2018-771 du 5 septembre 2018 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, art. 89 et suiv.

(20) CJCE, *Laval*, *op. cit.*

(21) En faveur de la négociation collective, considérée comme souple et donc préférable à la loi, cf. notamment la Communication de la Commission européenne, « Une réglementation intelligente au sein de l'Union européenne », COM(2010) 543 final, 8 oct. 2010. Sur la « *flexibilité* » de la négociation collective, cf. CJUE, *Rosenbladt*, 12 oct. 2010, C-45/09.

déterminées par la loi ou fixées par des conventions collectives étendues, y compris en ce qui concerne le salaire minimal.

Il se pourrait toutefois que le droit français rejoigne le groupe de ceux qui peinent à imposer le respect des conditions de travail du lieu d'exécution aux entreprises étrangères effectuant des prestations de services sur le territoire national. En s'orientant, depuis ses deux dernières grandes réformes, en particulier depuis les « ordonnances Macron », vers une détermination des conditions de travail à l'échelle de l'entreprise, le droit du travail français a perdu, avec sa généralité et sa prévisibilité, sa capacité à s'imposer aux entreprises prestataires de services établies dans un autre Etat de l'Union.

La directive de juin 2018 n'y change rien car elle ne permet aux Etats que d'imposer les rémunérations minimales qui découlent de la législation ou de conventions collectives d'application générale. Or, si, comme le prévoient les dispositions du Code du travail récemment réformé, la détermination des rémunérations est décentralisée au niveau de l'entreprise, si l'essentiel des primes (prime d'ancienneté, de treizième mois...) relève de la primauté de l'accord d'entreprise (22), quelle sera la rémunération susceptible d'être revendiquée par les travailleurs détachés ?

La pression de la concurrence aura-t-elle pour effet de limiter cette évolution du droit français en dissuadant les partenaires sociaux de négocier à l'échelle de l'entreprise, au profit du maintien des règles générales ? Si tel était le cas, la situation ne serait pas pour autant inchangée : dans la mesure où les rémunérations fixées par des conventions de branche sont désormais susceptibles de faire l'objet de dérogations au niveau de l'entreprise, imposer les dispositions des accords de branche à des entreprises non établies sur le territoire, qui n'ont donc pas la possibilité de négocier des dérogations, pourrait être jugé contraire au principe de non-discrimination ou à l'interdiction des entraves à la libre circulation.

Le rôle de la France, indéniable, dans l'adoption de la directive détachement de 2018 pourrait donc s'avérer un coup d'épée dans l'eau (23) en ce qui concerne la situation du détachement de travailleurs étrangers en France. Ailleurs, il est possible que le texte s'avère plus utile. Ce serait l'honneur de la France d'avoir œuvré, moins de manière incohérente que de manière désintéressée, au seul profit des autres Etats de l'Union.

(22) Cf. les articles L 2253-1 à L 2253-3 du Code du travail.

(23) Cf. A. DEFOSSÉZ, « Révision de la directive Détachement : coup d'épée dans l'eau ou nouveau départ ? », *Revue de droit du travail*, 2018, p. 874.