



European Trade Union Confederation (ETUC)
Confédération européenne des syndicats (CES)

**REVISION DE LA DIRECTIVE SUR LES TRAVAILLEURS
DETACHES:
Huit propositions d'amélioration**

**Rapport final du
GROUPE D'EXPERTS DE LA CES SUR LE DETACHEMENT**

Bruxelles, le 31 mai 2010

INTRODUCTION

Dans sa réponse aux affaires Laval et Viking de mars 2008¹, la CES demandait d'évaluer d'urgence la nécessité de réviser la directive sur les travailleurs détachés (« la DDT »). A la suite des jugements Rüffert et Luxembourg, les demandes de révision sont devenues plus pressantes.

Dans un discours adressé au « Forum sur les droits et les libertés économiques des travailleurs » de la Commission, le 9 octobre 2008, le Secrétaire général de la CES a confirmé qu'une révision de la DDT était nécessaire afin de refléter et d'adapter l'objectif initial de la directive, comme stipulé dans son préambule: « (5) *considérant (...) qu'une telle promotion de la prestation de services dans un cadre transnational nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs* »².

Par conséquent, la CES a mis en place un groupe d'experts sur le détachement, composé d'universitaires et de syndicalistes afin de procéder à une évaluation approfondie des problèmes soulevés par les jugements de la CJE et de conseiller la CES sur les options éventuelles et/ou recommandations en vue d'une révision de la directive.

Dans sa prise de position, adoptée par le Comité de direction de la CES du 28 avril 2009, la CES précisait en outre les questions qui devaient être traitées dans une révision de la directive sur le détachement. Cette liste de questions a constitué le point de départ des travaux du groupe d'experts, sans limiter le débat à ces questions.

Le groupe s'est réuni pour la première fois en février 2009 et s'est revu six fois depuis octobre 2009. Un rapport a été rédigé par la CES sur la base des discussions au sein du groupe d'experts, et un premier projet de rapport a été examiné au sein du groupe de politique sociale de la CES le 13 octobre 2009.

Le rapport a été présenté pour information au Comité exécutif de la CES en annexe à la résolution sur la directive sur le détachement des travailleurs les 9-10 mars 2010.

Quelques questions en suspens ont été discutées au Groupe de travail sur la politique sociale du 27 avril 2010 et le rapport a été finalisé en mai 2010.

Le groupe d'experts était présidé par Catelene Passchier, secrétaire confédérale de la CES.

Sa composition était la suivante:

Stephan AGGER (suppléé par Jørgen Rønnow Bruun), LO-DK, Danemark

Niklas BRUUN, Université d'Helsinki, Finlande

Filip DORSSEMONT, Université Catholique de Louvain, Belgique

Claes-Mikael JONSSON, LO-Sweden

Klaus LØRCHER, expert juridique au nom de la DGB, Allemagne

(jusque septembre 2009) Ulf ÖBERG, avocat indépendant au nom de la FETBB

Giovanni ORLANDINI, Université de Sienne, Italie

Hannah REED, Trades Union Congress, Royaume-Uni

¹ Résolution adoptée par le Comité de direction de la CES le 4 mars 2008. Disponible à l'adresse: <http://www.etuc.org/a/4704>

² Discours disponible à l'adresse: <http://www.etuc.org/a/5418>

Joanna UNTERSCHUTZ, Solidarnosc, Pologne
Valentin WEDL, Chambre autrichienne du Travail, au nom de l'OEGB Autriche

Le groupe a bénéficié du soutien de:

Séverine PICARD, CES

Wiebke WARNECK, ETUI

Aukje VAN HOEK, Université d'Amsterdam (jusque fin 2009: Université de Tilburg) a été consultée sur des questions spécifiques concernant le droit international privé.

NB : Le présent rapport est rédigé par la CES sur base de la discussion du groupe d'experts et son contenu dépend dès lors de la seule responsabilité de la CES. Cela signifie que tous les experts n'apprivaient pas nécessairement à l'unanimité tous les détails mentionnés dans et sous les diverses propositions.

Table des matières

INTRODUCTION.....	1
POURQUOI UNE REVISION ?	4
COMPRENDRE LA DIRECTIVE SUR LE DETACHEMENT DES TRAVAILLEURS (DDT) DANS LE CONTEXTE DU CADRE JURIDIQUE DE L'UE.....	5
1. Introduction	5
1.a.) Qu'est-ce que le détachement ?	5
1.b.) Les travailleurs détachés et les règles du pays d'accueil : problèmes apparus.....	6
2. Les principales dispositions de la directive sur le détachement et leurs objectifs	7
3. La directive sur le détachement (DDT) dans le contexte du cadre juridique actuel de l'UE	8
3.a.) Directive sur le détachement et dispositions du Traité sur la libre circulation	8
3.b.) Directive sur le détachement, droit international privé et règles sur la compétence	10
3.c.) La directive sur le détachement en tant que réponse aux effets combinés du Traité, de la jurisprudence et du DIP	11
3.c.) <i>Avantages potentiels</i>	11
3.d.) Relation avec les règles de coordination de la sécurité sociale	12
3.e.) Travail intérimaire et détachement	13
4. Problèmes avec la DDT en général (avant et au-delà des affaires de la CJE)	15
5. Mécanismes permettant de réduire ou d'éliminer la concurrence déloyale sur les salaires et les conditions de travail.....	17
5.a. Mécanismes au plan national/sectoriel/local.....	17
5.b. Convention 94 de l'OIT.....	18
5.c. La directive sur le détachement : autoriser ou limiter les mécanismes destinés à réduire la concurrence déloyale ?	19
6. Conclusions	20
HUIT PROPOSITIONS DE RÉVISION	22
1 ^{re} PROPOSITION : Clarifier la base juridique et les objectifs de politique sociale de la directive concernant le détachement de travailleurs	22
2 ^e PROPOSITION : Rétablir l'autonomie des partenaires sociaux	25
3 ^e PROPOSITION : Clarifier le champ d'application de la directive	26
4 ^e PROPOSITION : Rétablir le caractère minimal de la directive concernant le détachement de travailleurs	31
5 ^e PROPOSITION : Respecter et protéger la pluralité des systèmes de relations du travail dans les États membres	36
6 ^e PROPOSITION : Les marchés publics comme modalité de mise en œuvre	40
7 ^e PROPOSITION : Rétablir la notion d'intérêt public	43
8 ^e PROPOSITION : Assurer une application effective	45
Annexe A.	52
Annexe B.....	54

POURQUOI UNE REVISION ?

Prévenir la concurrence déloyale sur les salaires et les conditions de travail/ coûts de la main-d'oeuvre

Le présent rapport est basé sur l'hypothèse que l'interprétation actuelle de la DDT ne remplit pas les objectifs du législateur de la Communauté, à savoir assurer un climat de concurrence équitable, ne garantit pas le respect des droits des travailleurs, et mine les droits sociaux fondamentaux.

Bien que la DDT, en tant qu'instrument juridique, puisse potentiellement jouer un rôle important dans la lutte contre la concurrence déloyale, des amendements doivent être envisagés.

Les jugements de la CJEU dans les affaires Laval, Rüffert et Luxembourg ont mis en lumière quelques faiblesses structurelles importantes de la DDT. En interprétant la directive essentiellement comme un instrument de marché intérieur, plutôt que comme un outil de protection sociale, et comme une directive « maximale » plutôt que comme une directive « minimale », la DDT pourrait ne pas remplir son objectif et fonction premier .

Le présent rapport part de l'hypothèse que la conformité avec les affaires Laval, Rüffert et Luxembourg créera un certain nombre de difficultés non seulement dans les Etats membres directement concernés par les jugements, mais aussi dans toute l'Europe. Il pourrait ainsi apparaître que plusieurs juridictions violent le droit communautaire. Les contraintes officielles imposées par la CJEU ne peuvent être appliquées sans perturber les systèmes nationaux de relations industrielles dans plusieurs Etats membres. En d'autres termes, les affaires de la CJEU ont révélé un certain nombre de faiblesses et de lacunes dans les transpositions nationales de la DDT, qui incitent clairement les employeurs à recourir aux travailleurs détachés afin d'acquérir un avantage concurrentiel dans l'Etat membre d'accueil.

Dans le présent document, plusieurs options sont élaborées afin de traiter les divers problèmes d'interprétation et de fonctionnement de la directive sur le détachement (PWD). Huit propositions ont été élaborées qui devraient permettre au législateur européen de renforcer la protection des travailleurs dans le marché intérieur, en rétablissant ainsi la fonction initiale de la DDT. Ces propositions sont énumérées dans l'ordre des articles de la DDT auxquels elles proposent des amendements, c'est-à-dire pas nécessairement par ordre d'importance.

Les huit propositions sont précédées par un chapitre résumant le contexte juridique communautaire dans lequel la directive sur le détachement doit être comprise, ce qui doit également être pris en compte en réfléchissant aux solutions éventuelles.

NB : Lorsque les termes « il », « lui » et « son » sont utilisés dans le présent rapport, ils doivent être compris comme incluant le féminin.

COMPRENDRE LA DIRECTIVE SUR LE DETACHEMENT DES TRAVAILLEURS (DDT) DANS LE CONTEXTE DU CADRE JURIDIQUE DE L'UE

1. Introduction

1.a.) Qu'est-ce que le détachement ?

Il n'existe pas d'autre définition du « détachement » au plan communautaire que celles qui figurent dans la directive sur le détachement. Dans son préambule, il est fait référence à la « *prestation transnationale de services*, amenant un nombre croissant d'entreprises à détacher temporairement des employés à l'étranger sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat dans lequel ils sont habituellement employés ». Cette prestation de services peut revêtir la forme de l'exécution d'un travail par une entreprise pour son compte et sous sa direction, dans le cadre d'un contrat conclu entre l'entreprise et la partie à laquelle les services sont destinés, ou de la mise à disposition de travailleurs dans le cadre d'un contrat public ou privé.

Lorsque la directive sur le détachement a vu le jour, elle était globalement perçue comme un instrument important de lutte contre le « dumping social », c'est-à-dire la concurrence déloyale sur les salaires et les conditions de travail des travailleurs par des prestataires de services étrangers sur le marché de l'emploi du pays d'accueil. Et durant les négociations sur le traité de Maastricht et son protocole social, au cours de la période d'adhésion de la Suède, des garanties claires ont été données à la Suède que les directives européennes pouvaient être appliquées selon la « pratique suédoise existante en matière de marché de l'emploi ».³

Entre-temps, la question récurrente est de savoir si elle remplit encore cette fonction importante, à la suite d'une longue série de jugements de la CJE commençant avant les « *quatre célèbres* » affaires (Viking, Laval, Rüffert et Luxembourg). La CJE situe clairement la directive dans un approche de « marché intérieur » prédominante, ce qui fait peser de plus en plus de pressions sur les Etats membres (EM) et les partenaires sociaux nationaux dans le cadre de la mise en œuvre et de l'application de leurs lois et conventions collectives dans des situations de détachement, au point que dans certains pays les systèmes nationaux de relations industrielles et les pratiques en matière de marchés publics sont gravement menacés.

Pour pouvoir élaborer les bonnes propositions afin de contrer ces évolutions, il est nécessaire de comprendre la complexité du cadre juridique actuel de l'UE dans lequel se situe la directive sur le détachement.

³ Correspondance entre le ministre suédois du Travail, M. Hörlund, et le Commissaire Flynn, octobre/novembre 1993

1.b.) Les travailleurs détachés et les règles du pays d'accueil : problèmes apparus

Il existe une différence importante, en fait et en droit, entre un travailleur polonais qui traverse une frontière pour travailler en Allemagne, par exemple, et obtient un contrat d'emploi allemand (en vertu du droit allemand) avec un employeur allemand, et un travailleur polonais qui a un contrat d'emploi polonais (en vertu du droit polonais) avec un employeur polonais et s'installe ensuite temporairement en Allemagne en tant que travailleur de cette entreprise afin de fournir un service (dans le contexte d'un contrat entre l'entreprise polonaise et le client/l'entreprise utilisatrice allemand(e), qui pourrait être une situation de sous-traitance, de travail intérimaire, etc.)

Il ne fait aucun doute que le premier est un travailleur migrant au sens du Traité de l'UE (voir plus amples explications ci-dessous), et son employeur ne peut le traiter différemment de ses autres travailleurs, parce qu'il ne peut établir de discrimination sur la base de la nationalité et doit traiter tous ses travailleurs de la même manière. Mais dans le second cas, le travailleur a - et continue de travailler pour - un employeur polonais selon son contrat d'emploi polonais, y compris en travaillant en Allemagne. S'il s'agit d'une vraie situation d'emploi (et l'entreprise polonaise n'est pas une compagnie écran), il faut en principe respecter le fait que ce travailleur est et reste le travailleur de l'entreprise polonaise, travaillant normalement en Pologne, et ne se rend temporairement à l'étranger que pour une activité spécifique, et que le travailleur peut avoir un intérêt légitime à conserver le lien avec son employeur et son pays d'origine, en termes de droits d'emploi et de sécurité sociale.

Si des règles différentes devaient s'appliquer à ces deux situations différentes, étant donné que dans les deux situations les travailleurs traversent les frontières pour travailler dans un Etat membre d'accueil, cela conduirait potentiellement à une manipulation et inciterait à réduire les salaires et les conditions de travail dans le pays d'accueil par des chaînes transnationales de sous-traitants, l'utilisation créative de sociétés écrans et d'autres moyens créatifs d'éviter et d'éviter les règles du pays d'accueil.

Par ailleurs, un simple principe du pays d'accueil ou une approche de « traitement égal » axée sur l'entreprise du pays d'accueil n'aura pas l'effet désiré parce que le travailleur n'est pas, du moins d'un point de vue juridique, le travailleur de la même entreprise! D'autres mécanismes (législatif, convenus collectivement) sont donc nécessaires pour que le prestataire de services transfrontalier et/ou ses travailleurs soient couverts par les mêmes règles que l'entreprise (utilisatrice) du pays d'accueil et/ou pour limiter la concurrence déloyale sur les salaires et les conditions de travail et les coûts de la main-d'œuvre (voir ci-dessous, paragraphe 5: pour le cas particulier des travailleurs intérimaires le paragraphe, voir le paragraphe 3.e. ci-dessous).

La question centrale et essentielle est: dans quelle mesure, pour quelles raisons et dans quelles circonstances le contrat d'emploi (et l'éventuelle convention collective et d'autres règles du pays d'origine applicables aux parties à ce contrat, telles que la sécurité sociale et les règles fiscales) du travailleur d'un prestataire de services se rendant à l'étranger peut-il ou doit-il être infirmé par les règles (statutaires ou convenues collectivement) du pays d'accueil ?!

Telle est exactement l'intention de la directive sur le détachement: elle établit si et dans quelles conditions les règles du pays d'accueil concernant le salaire et les conditions de travail (stipulées dans le droit ou la convention collective) infirment le droit éventuel et d'autres règles du pays d'origine (ou d'un quelconque autre pays) applicables au contrat d'emploi.

Cependant, l'autre question importante est de savoir si la directive sur le détachement traite cette question de manière adéquate. Avant les "quatre célèbres" affaires de la CJE, des doutes existaient déjà quant au fonctionnement de la DDT dans la pratique, et la nécessité éventuelle de la réviser. Depuis les quatre affaires de la CJE, ces doutes sont devenus de graves préoccupations, et la prise de position adoptée par la CES depuis 2008 est qu'une révision est aujourd'hui inévitable.

Afin de mieux identifier les révisions qui sont nécessaires, et pour quelles raisons, il est important de résumer la situation juridique actuelle, reflétant la manière dominante de penser au « détachement » dans le contexte du marché intérieur et du droit international privé européen (DIP).

2. Les principales dispositions de la directive sur le détachement et leurs objectifs

Selon le **préambule** de la DDT, l'abolition des obstacles à la libre circulation des travailleurs et des services est un des objectifs de la Communauté, et les restrictions basées sur des exigences de nationalité ou de résidence sont interdites. Cependant, « *la promotion de la prestation de services dans un cadre transnational nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs* ».

Pour assurer la clarté des règles applicables, « les lois des Etats membres doivent être coordonnées » afin d'établir un noyau de règles impératives de protection minimale à observer dans le pays d'accueil dans de telles situations.

Ce « noyau dur » de règles de protection clairement définies doit être observé par le prestataire de services, nonobstant la durée du détachement du travailleur.

Selon le site Internet de la Commission⁴:

« *Pour garantir la protection dans toute l'Union européenne des droits et des conditions de travail d'un travailleur détaché, et afin d'éviter le «dumping social», situation dans laquelle les prestataires étrangers peuvent fournir un service à un prix inférieur à celui pratiqué par les prestataires locaux grâce à des normes de travail moins restrictives, la législation de la Communauté européenne a établi un ensemble de règles obligatoires relatives aux conditions de travail d'un travailleur détaché dans un autre État membre. Ces règles doivent refléter les normes appliquées aux travailleurs de l'État membre d'accueil (c'est-à-dire l'endroit où le travailleur est envoyé pour exercer ses fonctions) ».*

« *Le principe est le suivant: si un État membre prévoit des conditions d'emploi minimales, ces dernières doivent également s'appliquer aux travailleurs détachés dans cet État. Cependant, rien n'empêche l'employeur d'appliquer des conditions de travail plus avantageuses pour les travailleurs, par exemple celles de l'État membre d'origine (c'est-à-dire l'endroit où le travailleur exerce habituellement sa profession)* ».

⁴ <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=26&langId=en>

Trois types de situations sont couvertes si elles ont lieu au plan transnational (article 1):

- Situations de (sous-)traitance, à savoir l'entreprise qui détache un travailleur conclut un contrat avec une entreprise dans l'état d'accueil afin de fournir un service et envoie ensuite le travailleur dans le pays d'accueil pour effectuer le travail pour le compte et sous la direction de l'entreprise détachant le travailleur;
- Situations de transferts au sein de la société: l'employeur détache un travailleur vers une entreprise appartenant au même groupe et située sur le territoire d'un autre pays;
- Situations de travail intérimaire: une agence d'intérim loue les services d'un travailleur à une entreprise cliente implantée ou opérant dans un autre État membre.

La disposition centrale de la DDT est (Article 3,1) l'obligation pour l'Etat membre d'accueil d'assurer, *quel que soit le droit applicable à la relation de travail*, l'application de la liste de clauses et conditions d'emploi essentielles qui sont fixées dans la loi, ou – en ce qui concerne l'industrie de la construction – dans les conventions collectives qui sont déclarées universellement applicables. Les principales « conditions essentielles » mentionnées sont: « taux de salaire minimum », « périodes de travail maximum et périodes de repos minimum », et les « conditions d'embauche des travailleurs » (c'est-à-dire les règles applicables au travail intérimaire !).

Bien que la liste des conditions essentielles soit une liste exhaustive, la DDT permet aux EM d'appliquer également les clauses et conditions à d'autres matières « *dans le cas de dispositions en matière de politique publique* » et « *sur la base de l'égalité de traitement* » entre entreprise locale et étrangère (Article 3,10 premier tiret).

Et bien que la DDT mentionne seulement les conventions collectives universellement applicables dans l'industrie de la construction comme celles qui doivent être appliquées, la DDT permet aux Etats membres (Article 3,10, deuxième tiret) d'appliquer également les clauses et conditions exposées dans d'autres conventions collectives que celles qui sont universellement applicables, comme défini à l'article 3, 8, ainsi que pour d'autres activités que la construction, à nouveau « *sur la base de l'égalité de traitement* ».

Les dispositions sur l'information, la coopération, la mise en œuvre et la juridiction sont exposées aux articles 4, 5 et 6.

3. La directive sur le détachement (DDT) dans le contexte du cadre juridique actuel de l'UE

3.a.) Directive sur le détachement et dispositions du Traité sur la libre circulation

(voir les dispositions appropriées du Traité en annexe A)

La situation juridique peut être résumée tel qu'il suit :

- En vertu de l'article 45 TFUE (Article 39 CE), un citoyen de l'UE est libre de se déplacer d'un EM dans un autre EM, pour n'importe quelle forme d'emploi lucratif, y compris la prestation de services, (NB: lorsqu'un citoyen de l'UE se déplace en tant qu'indépendant, il est couvert par l'article 49 TFUE/43 CE sur l'établissement ou 56 et 57 TFUE / 49 et 50 CE sur la prestation de services);
- Un citoyen de l'UE faisant usage de son droit de libre circulation, ne peut en cette capacité être défavorisé par un employeur du pays d'accueil sur la base de sa nationalité, et devrait bénéficier du même accès au marché de l'emploi du pays d'accueil et au système de sécurité sociale;
- Un prestataire de services peut *temporairement* poursuivre ses activités dans le pays d'accueil dans les *mêmes conditions* que celles qui sont *imposées* au prestataire de services établi dans le pays d'accueil; (lorsqu'il y reste en permanence, on parle « d'établissement »).
- Il n'existe pas de définition générale d'un travailleur au plan de l'UE; ce qui constitue un « travailleur » dépend du droit et de la pratique nationaux (ce qui peut être différent dans le pays d'origine et le pays d'accueil);
- Cependant, dans le contexte de l'article 45 TFUE (39 CE), la CJE tend à soutenir une large définition de ce qui constitue un « travailleur migrant », afin d'assurer la protection des travailleurs ;
- Un « travailleur détaché » est un travailleur, et non un indépendant; ce n'est pas le travailleur détaché en tant que tel, mais le service qu'il fournit en termes de travail accompli pour l'entreprise utilisatrice ou cliente qui est un « service »;
- La notion de « travailleur détaché » n'existe pas dans les traités. La question de savoir si un travailleur, qui franchit la frontière en tant qu'employé d'un prestataire de services, est (aussi) un travailleur migrant au sens de l'article 45 TFUE (39 CE) dépend de la question de savoir s'il est considéré comme actif sur le marché de l'emploi du pays d'accueil ou du pays d'origine (ou un autre marché de l'emploi);
- Dans l'affaire Rush-Portuguesa⁵, la CJE a adopté la position qui a fait jurisprudence jusqu'à ce jour, à savoir qu'un travailleur qui se déplace *temporairement* en tant qu'employé d'un prestataire de services, n'entre pas sur le marché de l'emploi du pays d'accueil et n'est donc pas un « travailleur migrant » au sens de l'article 45 TFUE/39 CE (cependant, si ce même travailleur est un citoyen de l'UE qui a le droit à la libre circulation au sein de l'UE, et durant son détachement postule pour un emploi auprès de l'employeur du pays d'accueil, il devient à ce moment un « travailleur migrant » au sens de l'article 45 TFUE/39 CE); (voir ci-dessous le paragraphe 3.e. pour le cas particulier du travail temporaire) ;
- La jurisprudence de la CJE est étroitement liée à l'approche en droit international privé européen (DIP) de décider quel droit est applicable à un contrat d'emploi, ce qui est basé sur le concept général de « lieu de travail habituel », qui ne change pas lorsque le travailleur ne se rend que temporairement dans un autre Etat membre;
- Les deux concepts mentionnés ci-dessus semblent être à la base de la directive sur le détachement.

⁵

ECJ Rush Portuguesa, C-113/89 of 27-03-1990

3.b.) Directive sur le détachement, droit international privé et règles sur la compétence

Le Règlement de Rome I de 2008 (révisant la Convention Rome de 1980 qui a des règles similaires⁶) réglemente quel droit est applicable aux contrats en cas de conflit de lois éventuel (par exemple, dans des situations transfrontalières, lorsque plusieurs systèmes juridiques s'appliquent potentiellement). Voir les dispositions appropriées en annexe B.

Que signifierait le Règlement de Rome I pour les travailleurs détachés?

Si l'on n'appliquait aux travailleurs détachés que les règles DIP sur les contrats d'emploi individuels:

- un travailleur détaché serait considéré comme travaillant habituellement dans le pays d'origine;
- étant donné qu'il ne traverse que temporairement la frontière, son « lieu de travail habituel » est censé ne pas avoir changé et, par conséquent, le droit applicable ne change pas;
- si le travailleur détaché n'a pas de lieu de travail habituel, et se déplace d'un pays vers un autre, la loi du pays où son employeur est établi est applicable (qui, dans les cas du détachement est le pays d'origine).

En d'autres termes: cela conduirait aux règles du pays d'origine (!).

Dans ce cas, la seule correction (mais très importante) serait les dispositions impérieuses *que le pays d'accueil a mises en place* qu'il veut appliquer à chacun sur son territoire, quelques soient leurs relations contractuels (mais seulement si et dans la mesure où de telles mesures existent, et s'il décide de les appliquer)

Les conventions collectives ne sont pas explicitement mentionnées dans le Règlement de Rome I. Dans la mesure où elles sont considérées dans les Etats membres comme des arrangements contractuels entre parties privées, elles seront couvertes par les règles générales de Rome I, c'est-à-dire une règle générale de liberté de choix de la loi, corrigée par plusieurs règles spécifiques. En l'absence de choix, et lorsque les règles données ne sont pas claires, le contrat sera régi par le droit du pays auquel il est le plus étroitement lié.

Dans la mesure où l'on considère dans les Etats membres qu'elles relèvent de règles spécifiques d'ordre public, ce qui peut en particulier être le cas concernant les conventions collectives qui sont déclarées universellement applicables, elles peuvent être considérées comme des dispositions impérieuses qui sont applicables quel que soit le droit autrement applicable au contrat.⁷

⁶ Le Règlement 593/2008/CE doit remplacer la Convention de Rome à partir du 17 décembre 2009 concernant les contrats conclus après cette date, à l'exception du Danemark, qui reste soumis à la Convention de Rome

⁷ Les dimensions des conventions collectives sont très complexes et ne seront pas davantage traitées dans le cadre de ce document parce qu'elles revêtent moins d'importance dans le contexte actuel.

Dans ce contexte, le **Règlement⁸** de Bruxelles I sur la compétence des tribunaux, dans des situations de conflits transfrontaliers est également important. Selon Bruxelles I, si un travailleur veut poursuivre son employeur, il peut le faire soit devant le tribunal de l'Etat membre où l'employeur est établi (« domicilié »), ou là où l'employé effectue habituellement son travail, ou là où il n'y a pas de lieu de travail habituel, où l'entreprise qui a engagé le travailleur est située.

En d'autres termes, dans la réalité les règles européennes sur la compétence des tribunaux conduisent elles aussi souvent à une approche du « pays d'origine »!

3c.) La directive sur le détachement en tant que réponse aux effets combinés du Traité, de la jurisprudence et du DIP

La DDT est basée sur les dispositions du marché intérieur des traités de l'UE mais elle complète aussi les règles du droit international privé sur la compétence et le droit applicable. La DDT est censée être une correction importante de l'effet combiné de la jurisprudence de la CJE dans Rush Portuguesa, et du DIP:

Si d'une part le travailleur, qui – comme le travailleur d'un prestataire de services – traverse temporairement une frontière n'est pas considéré comme un travailleur au sens de l'article 45 TFUE/ 39 CE, et ne bénéficie donc pas de la protection de l'article 45, alors que d'autre part, les règles du DIP ne lui donnent qu'une protection très peu claire en termes d'application éventuelle des règles impérieuses du pays d'accueil (si l'EM est libre de les appliquer ou non), cela pourrait manifestement conduire à des problèmes majeurs, en particulier si le niveau de protection du pays d'origine est beaucoup moins élevé que dans le pays d'accueil.

Avantages potentiels

Quels sont les avantages de la directive, par rapport à une situation sans une directive sur le détachement? En garantissant que les travailleurs détachés bénéficient d'un noyau de conditions de travail qui ne sont pas inférieures au minimum établi dans le pays d'accueil, la DDT essaie de limiter le dumping social qui pourrait être l'effet combiné de l'application des dispositions sur la libre circulation du Traité et des règles du DIP. Elle vise également à donner plus de transparence aux prestataires de services de toute l'UE auxquels les règles doivent être appliquées.

i.) Protection de base de l'état d'accueil étendue aux travailleurs détachés

La directive oblige les Etats membres (d'accueil) à étendre la protection des dispositions fondamentales de leur droit du travail et/ou conventions collectives afin d'inclure les travailleurs qui sont détachés sur leur territoire, « quel que soit le droit applicable à leur contrat », c'est-à-dire aux travailleurs qui sont normalement soumis aux lois et normes du travail de leur pays d'origine (Article 3). En d'autres termes: la directive garantit que les travailleurs détachés sont traités de la même manière que les travailleurs au moins en ce qui concerne la protection de base. Cette garantie était absente de la Convention de Rome (à présent Règlement).

⁸ Règlement 44/2001/EC JO L 12.

ii.) ***Uniformité et transparence des règles applicables***

La directive contribue aussi à accroître la transparence de plusieurs manières:

La liste des droits essentiels figurant à l'article 3 sub 1 garantit une interprétation uniforme minimale de l'article 9 du Règlement de Rome (sur les « dispositions impérieuses »). Avant la directive, chaque EM était libre d'appliquer ses lois ou non; il n'y avait pas d'uniformité quant aux normes minimales qui devaient être appliquées par les employeurs étrangers. En outre, les EM ont l'obligation de fournir des informations sur les règles applicables. La transparence ne bénéficie pas seulement à l'employeur. Afin de pouvoir s'appuyer sur les droits accordés par la directive, les travailleurs doivent aussi pouvoir déterminer ce que ces droits englobent.

iii.) ***La protection de base du pays d'accueil doit également être respectée par les tribunaux du pays d'origine.***

En vertu de l'article 3, tous les Etats membres doivent assurer la protection de base des travailleurs détachés. Cela implique que lorsqu'une affaire judiciaire se présente entre le travailleur détaché et son employeur dans l'état d'origine du travailleur détaché, ce tribunal doit tenir compte des règles de protection essentielles de l'état d'accueil lorsqu'il prend une décision sur les droits et obligations mutuels de l'employeur et de l'employé. Cette obligation n'existe pas dans les règles de l'UE sur le droit international privé.

iv.) ***Compétence et mise en application dans l'état d'accueil***

L'article 6 fixe la compétence dans l'état d'accueil pour les plaintes basées sur la directive. Avec cette disposition, la directive ajoute un chef de compétence supplémentaire au système (autrement fermé) du Règlement de Bruxelles I: en vertu de Bruxelles I, le tribunal de l'état d'accueil ne serait pas compétent pour instruire une plainte d'un travailleur individuel détaché contre son employeur (étant donné que l'état d'accueil ne serait ni le lieu d'établissement de l'employeur ni le lieu de travail habituel du travailleur).

3.d.) Relation avec les règles de coordination de la sécurité sociale

Les règles de coordination de la sécurité sociale de 1408/71 (récemment remplacées par le Règlement 883/2004, qui sera d'application à partir du 1^{er} mai 2010) entretiennent un puissant lien avec les concepts du droit international privé.

Les règles de coordination sont clairement basées sur une approche d'égalité de traitement, stipulant que toutes les personnes résidant sur le territoire d'un Etat membre sont soumises aux mêmes obligations et bénéficient des mêmes avantages dans le cadre de la législation d'un Etat membre que les ressortissants de cet Etat. Cependant, l'élément important ici est à nouveau de déterminer dans quel Etat membre un travailleur détaché « réside », et quel droit lui est applicable.

Dans le Règlement 883/2004, ce point est traité dans un chapitre spécial: « Détermination du droit applicable ».

Selon le Règlement, la personne assurée est soumise à la législation d'un seul Etat membre. L'Etat membre concerné est celui dans lequel il exerce une activité lucrative (*lex loci laboris*), c'est-à-dire l'Etat membre du lieu de travail.

Cependant, pour les travailleurs détachés, il existe une règle spéciale, (article 12) stipulant que: *“La personne qui exerce une activité salariée dans un Etat membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et qui est détachée par cet employeur pour effectuer un travail pour son compte dans un autre Etat membre, demeure soumise à la législation du premier Etat membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas vingt-quatre mois et que la personne ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne.”*

C'est ici qu'intervient l'approche DIP: un travailleur détaché est censé ne pas avoir changé son « lieu de travail habituel » s'il ne se rend que temporairement dans un autre Etat membre dans le cadre de la prestation de services, mais reste lié au pays d'origine via son employeur et son contrat d'emploi et sa résidence (qui, dans le Règlement 883/2004 est définie comme « le lieu où la personne réside habituellement », par opposition au lieu de « séjour » qui est défini comme une « résidence temporaire »).

L'idée qui sous-tend cette approche est double: encourager la libre circulation temporaire des services et des travailleurs en imposant aussi peu de charges administratives que possible, et reconnaître l'importance pour le travailleur de la continuité de la relation avec son employeur et le système de sécurité sociale du pays d'accueil.

Les Règlements 1408/71 et 883/2004 définissent un travailleur comme « détaché » dans un autre EM, s'il travaille normalement dans un EM mais est envoyé dans un autre EM par son employeur pour une durée qui ne dépasse pas 12 mois, et s'il n'est pas envoyé pour remplacer une autre personne qui a terminé sa période de détachement. La période de 12 mois peut être étendue d'une durée supplémentaire de 12 mois. Les caractéristiques intrinsèques d'un détachement sont une relation continue et directe de subordination entre le travailleur détaché et l'entreprise détachante

Bien que les intentions à la base de la couverture du travailleur détaché par le système de sécurité sociale de son pays d'origine puissent être légitimes, la période relativement longue (jusqu'à 24 mois) de couverture continue par le pays d'origine est de plus en plus douteuse dans une UE élargie dans laquelle d'énormes différences peuvent exister dans la couverture de sécurité sociale et les coûts entre pays expéditeurs et destinataires, car cela peut devenir un facteur et une incitation à la concurrence déloyale sur les salaires et les conditions de travail.

3.e.) Travail intérimaire et détachement

Dans le contexte des dispositions du Traité, du DIP, et de la directive sur le détachement, le cas particulier du travail intérimaire ajoute à la complexité.

Le concept de travail intérimaire, tel qu'il a été défini entre-temps dans la récente directive relative au Travail intérimaire (DTI⁹), couvre les situations dans lesquelles les

⁹ Directive du Conseil 2008/104/CE du 19-11-2008 sur le Travail intérimaire

travailleurs – qui sont (dans la plupart des EM mais pas dans tous) considérés comme les travailleurs de l’agence – sont mis à la disposition d’une entreprise utilisatrice sous la direction de laquelle ils effectueront, à titre temporaire, des tâches qui font partie des activités normales de l’entreprise. En d’autres termes: ils font partie (temporairement) du lieu de travail et de l’organisation de l’entreprise utilisatrice, mais continueront, en termes légaux, d’être le travailleur de l’agence. Cette dernière paiera leur salaire, etc., mais – selon la plupart des interprétations juridiques – délègue la supervision du travailleur à l’entreprise utilisatrice.

Cette situation « triangulaire » a été à l’origine de nombreux casse-têtes, afin de savoir comment prévenir la concurrence déloyale sur les salaires et les conditions de travail dans les EM, qui peut faire baisser les salaires (négociés collectivement) dans l’entreprise utilisatrice ou conduire au remplacement de travailleurs permanents par des travailleurs intérimaires. Cela a donné naissance à une série de mécanismes qui peuvent exister dans toute une série de combinaisons dans les EM, tels que des systèmes de licence destinés à garantir que les agences sont des entreprises de bonne foi, des périodes d’affectation maximales, des interdictions d’exercer un travail intérimaire dans certains secteurs ou emplois, des règles législatives et autres afin de fixer des niveaux de salaires égaux ou équivalents à ceux des travailleurs de l’entreprise utilisatrice, etc.

Après une longue période de débat et de bataille au plan de l’UE, la directive TI a récemment vu le jour et elle fixe certains critères minimum pour le travail intérimaire en général (à savoir, qui doivent être transposée par les EM dans leur droit national, et applicable qu’il y ait ou non une dimension transfrontalière), y compris entre autres choses une disposition prévoyant une forme de traitement égal concernant les « conditions d’emploi de base », ce qui inclut le salaire (mais permet une dérogation à cette obligation par convention collective !).

Dans des situations de « travail intérimaire transfrontalier » (à savoir, l’agence est établie dans un autre pays et envoie ses travailleurs, recrutés dans son propre pays ou ailleurs - mais pas dans le pays d’accueil! - à une entreprise utilisatrice dans le pays d’accueil), qu’est-ce qui est d’application?

- a) Premièrement, le travailleur intérimaire, qui se rend dans un autre pays pour un travail intérimaire, peut être ou ne pas être considéré comme un migrant travailleur au sens de l’article 45 TFUE (39 CE). L’ambiguité persiste ici, parce que dans la jurisprudence (y compris dans Rush Portuguesa), la CJUE a clairement adopté une position différente sur les travailleurs intérimaires que sur les travailleurs détachés de sous-traitance, en termes d’accès au marché de l’emploi du pays d’accueil. En fait, étant donné que l’objectif explicite de l’agence est de fournir des travailleurs à l’entreprise utilisatrice du pays d’accueil, il est clair que les travailleurs intérimaires ont ainsi accès au marché de l’emploi du pays d’accueil.... (Il y a dès lors des EM qui insistent dans ce cas sur l’application de leurs règles de migration, à propos desquelles plusieurs affaires sont actuellement devant les tribunaux¹⁰).

¹⁰ Voir l’affaire en instance Vicoplus C-307/09, introduite le 3-8-2009

Par ailleurs, le travailleur recruté sur le marché de l'emploi du pays d'origine reste le travailleur de l'agence étrangère et est supposé ne pas avoir changé son lieu de travail habituel et sa résidence vers le pays d'accueil. On peut dès lors affirmer que le travailleur intérimaire est actif en même temps sur le marché de l'emploi du pays d'origine et du pays d'accueil.

Cela signifie que le travailleur intérimaire doit au moins (aussi) être considéré comme un travailleur migrant au sens de l'article 45 TFUE (39 CE). En outre, son employeur, l'agence transfrontalière, est clairement le prestataire de services au sens de l'article 56 TFUE (49 CE).

- b) Pour éviter que les travailleurs intérimaires soient « pris entre le marteau et l'enclume », la directive sur le détachement a inclus l'embauche transfrontalière de travailleurs (travail intérimaire) dans la définition de « détachement ».

Combiné à la définition de travailleur détaché (« un travailleur qui, pendant une durée limitée, exerce son travail sur le territoire d'un EM autre que l'Etat dans lequel il travaille normalement) cela conduit à l'application de la directive sur le détachement à la plupart des situations de travail intérimaire.

- c) Cependant, la directive sur le détachement fait également référence, parmi les « dispositions essentielles » de l'article 3.1, aux « conditions d'embauche de travailleurs ». Le sens de cette disposition est quelque peu ambigu par rapport à l'article 3.9 de la directive qui stipule que les EM *peuvent* prévoir que l'entreprise qui effectue le détachement doit garantir à ses travailleurs intérimaires les clauses et conditions (autres que les conditions essentielles ?) qui s'appliquent aux travailleurs intérimaires dans les EM où le travail est effectué. En tout cas, à partir de la date de transposition de la directive TI, il faut probablement considérer que les dispositions sur les salaires égaux applicables aux travailleurs intérimaires font partie des « dispositions fondamentales » de l'article 3.1 et doivent donc aussi être appliquées aux travailleurs intérimaires transfrontaliers.

4. Problèmes avec la DDT en général (avant et au-delà des affaires de la CJE)

Dans une série de positions, adoptées par le Comité exécutif de la CES depuis 2003, lorsque la Commission européenne a commencé à évaluer la mise en oeuvre de la directive sur le détachement, la CES a identifié les problèmes suivants¹¹:

¹¹ La directive sur le détachement des travailleurs : position de la CES sur la communication de la Commission sur sa mise en œuvre, décembre 2003

[Prise de position de la CES à propos de la mise en œuvre de la directive 96/71/CE concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services](#), mars 2006

[Réponse de la CES aux arrêts de la CEJ dans les affaires Viking et Laval](#), mars 2008

[Les conditions de la liberté de circulation : Plus de protection des travailleurs et une concurrence loyale](#), avril 2008

- a) Le champ d'application de la directive, et notamment l'exclusion des vaisseaux de la marine marchande (qui posait, par exemple, un problème dans l'affaire de 'Irish Ferries')
- b) La définition de « travailleur », est laissée (comme c'est normalement le cas) au droit national, mais conduit à des problèmes avec les travailleurs détachés qui semblent être de « faux » travailleurs indépendants¹²
- c) La définition peu claire de « travailleur détaché », conduisant à des problèmes de mise en œuvre, par exemple, quand un travailleur est-il « habituellement employé » dans le pays d'origine? Que faire lorsqu'un travailleur n'est embauché par l'entreprise qui détache le travailleur que pour être employé dans le pays d'accueil ? Etc.
- d) L'approche de la directive, qui met l'accent sur la coordination du droit applicable, plutôt que sur la fixation de normes.
Cela signifie qu'en pratique, lorsqu'un pays d'accueil n'a pas mis en place un grand nombre de normes, soit dans le droit soit dans les conventions collectives, il y a également peu de normes qui s'appliquent aux travailleurs détachés (exemple: Royaume-Uni, Pologne, etc.);
- e) L'obligation limitée pour les Etats membres d'appliquer des normes convenues collectivement déclaré d'application générale. Ce n'est obligatoire que pour les conventions collectives généralement contraignantes dans la construction, mais pas pour d'autres secteurs. Là, les Etats membres peuvent, mais ne sont pas obligés, d'appliquer de tels accords;
- f) La complexité des règles, et l'absence d'informations accessibles et transparentes pour les entreprises et les travailleurs concernant les clauses et les conditions d'emploi qui sont d'application, ce qui conduit à une absence de mise en œuvre;
- g) Le fait que les dispositions en matière d'application figurant dans la directive soient très faibles, et que la mise en œuvre effective dépend de la coopération administrative et de la coordination entre les Etats membres, qui n'est guère développée;
- h) Le fait que les jugements de la CJE et les lignes directrices de la Commission remettent en question les mécanismes d'application effective élaborés au plan national, en tant qu'obstacles à la libre circulation of services (par exemple: déclarations préalables, un représentant sur le territoire, etc.);
- i) Enfin, le fait que le « détachement » ait lieu de plus en plus dans le cadre de réseaux complexes de sous-traitants et d'agences, dans lesquelles il est difficile de trouver qui est responsable de quoi, et permettent aux entreprises d'envisager des compagnies écran et d'autres constructions créées pour échapper aux lois et aux conventions collectives.

Le message fort délivré par la CES en mars 2006 était que la Commission devrait soumettre dès que possible des propositions **adéquates visant à simplifier et améliorer la directive existante**.

¹² Dans sa prise de position sur [le livre vert relatif au droit du travail](#) et la lettre adressée le 1^{er} mars 2007 à la Commission et concernant la mise en œuvre de la directive sur le détachement, la CES a demandé à la Commission d'élaborer des lignes directrices afin de clarifier la définition de travailleur détaché, en tenant compte du fait que la définition d'une relation de travail est une question qui doit être traitée au plan national.

5. Mécanismes permettant de réduire ou d'éliminer la concurrence déloyale sur les salaires et les conditions de travail

5.a. Mécanismes au plan national/sectoriel/local

Au cours du siècle dernier, la plupart, si pas la totalité des pays européens ont mis en place des systèmes élaborés comportant différents éléments, destinés à réduire ou éliminer la concurrence vers le bas entre les entreprises et leurs (sous-)contractants sur les salaires et les conditions de travail qui pourraient avoir des conséquences négatives sur les travailleurs.

- 1) Droit du travail; règles limitées ou développées concernant les contrats d'emploi, le licenciement, les salaires minimum, les heures maximum, la santé et la sécurité, etc. (en fonction du système national, toutes ou seulement partie de celui-ci sont des dispositions d'« ordre public », etc.), applicables à toutes les entreprises d'un certain territoire
- 2) Mécanismes destinés à limiter la concurrence entre les entreprises sur les salaires et les conditions de travail dans les négociations collectives:
 - a. Conventions collectives sectorielles, liant un group organisé d'employeurs dans le même secteur et/ou la même région ;
 - b. Mettre la pression sur chaque employeur non lié par les conventions collectives sectorielles afin de signer un accord de suivi reprenant les points clés de l'accord sectoriel, en particulier dans le domaine du coûts de la main-d'œuvre (le modèle des négociations collectives autonomes, en particulier en Suède et au Danemark) ;
 - c. Etendre la couverture des conventions collectives, en incluant les pouvoirs publics, par exemple en les déclarant universellement applicables sous diverses formes.
- 3) Mécanismes destinés à étendre les règles couvrant les principaux contractants afin d'inclure les sous-traitants / agences:
 - a. Dans les conventions collectives elles-mêmes: inclure l'obligation pour le contractant principal de lier ses sous-traitants aux mêmes règles
 - b. Systèmes juridiques ou contractuels de responsabilité conjointe et solidaire tout au long de la chaîne de sous-traitance
 - c. Obligations juridiques ou contractuelles instaurant l'égalité de traitement des travailleurs intérimaires avec les travailleurs dans l'entreprise utilisatrice (dans la plupart des EM limitées aux salaires).
- 4) Clauses sociales dans les marchés publics, exigeant des entreprises répondant à l'appel d'offres qu'elles observent les conventions collectives applicables localement, ou les salaires indexés au coût de la etc.
- 5) Mécanismes d'exécution, afin de contrôler les « situations de vraie sous-traitance » (par rapport aux compagnies écrans, « gangmasters » etc.)

La légitimité de tous ces instruments et mécanismes est reconnue et protégée dans de nombreuses normes nationales et internationales. Parallèlement, certains d'entre eux ont souvent été contestés, en particulier par les gouvernements conservateurs, à l'aide d'arguments de « libre concurrence », dès qu'ils contraignent les entreprises à ne plus agir de leur plein gré (contractuel) mais pour des raisons d'intérêt collectif et/ou public.

Récemment, les employeurs et leurs organisations se sont tournés vers la CJE pour remettre en question certains de ces instruments considérés comme des obstacles à la libre circulation des services.

Cependant, si ces instruments devaient uniquement couvrir les acteurs ou entreprises nationaux, cela constituerait pour les entreprises et les prestataires de services étrangers et pour les constructions juridiques « créatives », telles que les sociétés écrans et les chaînes de sous-traitance transnationales, un encouragement majeur à la concurrence déloyale à éviter la réglementation nationale (du pays d'accueil). En fin de compte, une telle approche conduirait à miner les instruments eux-mêmes parce que les entreprises nationales remettraient en cause la légitimité d'être elles-mêmes liées par ces règlements lorsqu'ils ne lient pas les concurrents étrangers.

5.b. Convention 94 de l'OIT

Sont importants dans ce contexte, la **Convention 94 de l'OIT sur les marchés publics**, et les débats qui l'entourent actuellement. Les objectifs de la Convention 94 de l'OIT entretiennent un lien puissant avec la reconnaissance des négociations collectives en tant qu'instrument important qui doit être protégé et soutenu..

L'approche adoptée pour éviter que les salaires et les conditions de travail soient utilisés comme un élément de concurrence pour les contrats publics et avoir l'assurance que les contrats publics n'exercent pas de pression à la baisse sur les salaires et les conditions de travail, est que les conditions des marchés publics ne doivent **pas** être **moins favorables** que celles qui sont établies pour le même travail dans le même domaine par une convention collective ou un instrument similaire.

La logique de cette approche est que **l'état ne soit en fait pas neutre** car il est souvent le plus grand acheteur individuel d'un marché donné. S'il met l'accent sur le paiement d'un niveau de salaires similaire aux salaires négociés collectivement et en vigueur sur le marché, il soutient alors les négociations collectives et renforce le système de relations industrielles.

S'il ne le fait **pas**, il déclenche la concurrence pure sur les prix, ce qui incitera à miner le système de négociations collectives, car l'employeur qui n'est pas tenu par une convention collective peut toujours faire des offres beaucoup moins élevées. S'il n'impose ces normes qu'au contractant principal et pas à tous les sous-traitants tout au long de la chaîne, il crée une énorme brèche pour le contractant et l'Etat, et un énorme obstacle aux négociations collectives. Mais l'effet serait similaire si le pouvoir public demandait uniquement d'observer des normes minimales, en particulier lorsque celles-ci sont sensiblement inférieures aux normes normales négociées collectivement (qui sont souvent aussi des normes minimales pour le secteur concerné !)

Par conséquent, un objectif important de la Convention 94 est de protéger la norme de travail fondamentale des négociations collectives elles-mêmes.

5.c. La directive sur le détachement : autoriser ou limiter les mécanismes destinés à réduire la concurrence déloyale ?

La directive sur le détachement doit être perçue comme une tentative de reconnaissance de l'importance des règles obligatoires du pays d'accueil et de défense des normes convenues collectivement dans le pays d'accueil, afin d'éviter le « dumping social » dans le cas du détachement transfrontalier temporaire des travailleurs par les prestataires de services.

Cependant, dans le contexte juridique dans lequel elle opère, elle ne peut le faire que pour les normes et règles qui sont considérées comme contraignantes et/ou applicables à toutes les entreprises locales et étrangères de la même manière dans un contexte de « traitement égal ».

Pour ce faire, elle a introduit des références explicites :

- 1) aux systèmes de négociation collective qui étendent la couverture des conventions collectives au-delà des parties signataires concernées (qui « *ont été déclarées universellement applicables* »), à savoir les conventions collectives qui sont **de jure** universellement applicables à toutes les entreprises d'une certaine profession ou d'un certain secteur;
- 2) en l'absence de conventions collectives telles que mentionnées sous 1) à d'autres conventions collectives qui sont (**de facto**) *généralement applicables* à toutes les entreprises similaires de la même zone ou du même secteur géographiques, ou conclues par les *organisations d'employeurs et les syndicats les plus représentatifs au plan national* et qui *sont appliquées* (dans la pratique) *sur tout le territoire national* si elles garantissent un traitement égal entre les entreprises étrangères et locales sur les « dispositions fondamentales » de la directive.

Pendant longtemps, l'opinion générale était que le type de conventions collectives mentionnées sous 2) couvrait les systèmes de négociations collectives autonomes suédoises et danoises. Depuis les jugements de la CE dans l'affaire Laval, cela ne va plus de soi.

Le jugement de la CJE dans l'affaire Rüffert a posé des problèmes pour les systèmes dans lesquels il est juridiquement possible, mais pas toujours appliqué dans la pratique, de déclarer les conventions collectives universellement applicables. Il a remis en question la légitimité de la loi sur les marchés publics de fixer des normes minimales (égales) pour toutes les entreprises faisant une offre pour un contrat public dans une certaine région (état fédéral) au niveau de la convention collective applicable localement (qui n'était pas celle qui était déclarée « universellement applicable » au plan national).

Dans l'affaire Luxembourg, la CJE a limité la possibilité pour les Etats membres de légitimer l'application de leur droit du travail aux entreprises qui détachent du personnel et aux travailleurs détachés, dans l'intérêt de l'ordre public.

Dans une série d'autres cas, la CJE a également remis en question les instruments d'application et de mise en œuvre, tels que l'exigence pour l'entreprise qui détache du personnel d'avoir un représentant sur le territoire du pays d'accueil, et l'obligation de prévoir des déclarations préalables ou de conserver les documents sociaux, en tant qu'obstacles à la libre circulation.¹³

Dans la mesure où la DDT est interprétée par la CJE de manière très restrictive, elle est devenue un instrument problématique, en particulier dans certains Etats membres et certains systèmes de relations industrielles, conduisant potentiellement au résultat contraire à ce qui était recherché, c'est-à-dire que les normes juridiques et convenues collectivement sont soumises à pression parce qu'elles ne peuvent pas être appliquées aux prestataires de services transfrontaliers, ce qui peut se traduire par une discrimination inverse (des entreprises locales) et une concurrence à la baisse sur les salaires et les conditions de travail.

6. Conclusions

En règle générale, la CJE a interprété la DDT dans le contexte des dispositions du Traité de l'UE sur la libre circulation des services (notamment l'article 56 TFUE/ancien 49 CE) comme une exception des obligations générales du Traité visant à éliminer les obstacles à la libre circulation. Tout ce qui va au-delà et n'est pas explicitement autorisé par la DDT est considéré comme un obstacle au droit de libre circulation du prestataire de services transnational.

Dans les affaires Laval, Rüffert et Com vs Luxembourg, la CJE a interprété la directive de telle manière qu'elle doit à présent être comprise comme une directive **maximale** en ce qui concerne les **questions** qui peuvent être réglementées, le **degré de protection** qui peut être requis, et les **méthodes** qui peuvent être utilisées pour garantir que les conditions d'emploi doivent être observées de la même manière par toutes les entreprises nationales et étrangères de la même région ou du même secteur.

Lorsque les Etats membres d'accueil veulent appliquer des normes différentes en droit, ou les syndicats de l'Etat membre d'accueil prennent des mesures pour réclamer de meilleures normes par voie de conventions collectives, en particulier pour prévenir le « dumping social » et promouvoir la concurrence équitable entre prestataire de services locaux et étrangers, cela peut être perçu comme une violation de l'article 56 TFUE (49 CE).

Ce faisant, la CJE a interprété la DDT et le cadre juridique de l'UE dans lequel elle fonctionne de façon trop étroite, dans une perspective de marché intérieur.

Elle a trop mis l'accent sur les droits de libre circulation de l'entreprise qui détache des travailleurs et sur le rapport de travail individuel entre le travailleur détaché et l'entreprise qui détache les travailleurs, tout en minimisant l'importance de la dimension collective et de la dimension d'intérêt public des mesures et instruments de politique sociale, y compris la négociation collective.

¹³ Voir Communication de la Commission Orientations concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services {SEC(2006) 439} /* COM/2006/0159 final */
<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2006:0159:FIN:FR:HTML> .

Les huit propositions développées ci-dessus visent à garantir que la directive sur le détachement puisse atteindre ses objectifs initiaux de politique sociale, à savoir garantir la protection des travailleurs ainsi qu'un climat de concurrence équitable.¹⁴

Cependant, compte tenu du contexte juridique communautaire, tous les problèmes rencontrés ne peuvent pas être résolus par une révision de la directive.

Premièrement, une simple révision de la DDT ne modifiera pas l'approche de la CJE à l'égard de l'article 56 TFUE (49 CE). Deuxièmement, ce chapitre n'a pas abordé le jugement de la CJE dans l'affaire Viking (comme confirmé dans l'affaire Laval) sur les possibilités de mener une action collective en se fondant sur l'interprétation que la CJE donne des dispositions du traité sur la libre circulation en général, ce qui entrave encore davantage la capacité des syndicats, lorsqu'ils mènent une action collective afin de mettre la pression sur les employeurs, y compris les prestataires de services étrangers, de traiter des situations transfrontalières de concurrence déloyale sur les salaires et les conditions de travail. Ces questions ne peuvent être traitées qu'au niveau des traités, compte tenu également de la Charte des droits fondamentaux, aujourd'hui contraignante, ainsi que de l'importance des normes de l'OIT et du Conseil de l'Europe.

¹⁴ Les propositions concernent uniquement les amendements au texte de la Directive même. Il faudrait amender les considérants de la Directive en conséquence

HUIT PROPOSITIONS DE RÉVISION

1re PROPOSITION : Clarifier la base juridique et les objectifs de politique sociale de la directive concernant le détachement de travailleurs

Contexte

Conformément à une jurisprudence constante de la CJE, l'interprétation de l'objet et du contenu d'une directive est déterminée par sa base juridique. Le chapitre relatif à la libre prestation des services du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (articles 56 à 62 TFUE / ex-articles 49 à 55 CE) constitue la base juridique de la directive concernant le détachement de travailleurs.

Quant à l'objet de la directive concernant le détachement de travailleurs, le considérant 5 dispose que « la promotion de la prestation de services dans un cadre transnational nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs. » Mais le texte de la directive ne reflète aucun objectif explicite.

L'absence d'objectif sans équivoque combinée à une base juridique marché intérieur ont permis à la CJE de convertir un texte essentiellement destiné à garantir la protection des travailleurs en un instrument du marché intérieur.

La Cour interprète la directive à la lumière de l'article 56 TFUE / ex-article 49 CE (libre prestation des services) et considère qu'elle « vise notamment à réaliser la libre prestation des services, laquelle est l'une des libertés fondamentales garanties par le traité » (arrêt Rüffert, paragraphe 36).

Dans cet esprit, la CJE interprète la directive concernant le détachement de travailleurs de manière restrictive, considérant que les règles impératives énumérées à l'article 3.1 constituent en principe la protection maximale des travailleurs détachés que l'État membre d'accueil peut imposer en vertu de cette directive. Les travailleurs détachés doivent pouvoir bénéficier des conditions plus favorables en vigueur dans l'État membre d'origine. Mais, hors ce contexte, l'article 3.7, qui prévoit « l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs », fait uniquement référence, selon la Cour, à l'adhésion volontaire des employeurs à une convention collective dans l'État membre d'accueil. Cet article est néanmoins privé d'une grande partie de son effet utile si les syndicats ne peuvent mener d'actions collectives afin d'inciter l'employeur à conclure une telle convention collective dans l'État membre d'accueil.

Ce faisant, la Cour consacre, volontairement ou non, l'effet direct horizontal de la directive concernant le détachement de travailleurs. Cet effet direct horizontal implique que la directive concernant le détachement de travailleurs peut régir les relations entre particuliers. Il convient de souligner que les syndicats ne peuvent être assimilés à des institutions de réglementation, équivalentes à des autorités publiques. Ils sont des organismes indépendants et autonomes. Une directive n'a normalement pas d'effet direct horizontal car cet instrument ne crée d'obligations qu'envers les États membres, et non pas envers les particuliers.

Par conséquent, le législateur européen doit :

- 1. Compléter la base juridique avec une référence à l'article sur la « politique sociale » afin de garantir que la protection des travailleurs et l'amélioration des conditions de vie et de travail constituent les principes directeurs de l'interprétation de la directive concernant le détachement de travailleurs ;*
- 2. Mentionner l'objet de la directive concernant le détachement de travailleurs dans le texte même de la directive, à savoir la protection des travailleurs et la promotion d'un climat de concurrence loyale dans le marché intérieur.*

Il conviendrait, pour ce faire, de proposer les amendements suivants :

TEXTE DE LA DIRECTIVE 96/71/CE	AMENDEMENT (<i>en caractères gras et italiques</i>)
Préambule : vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 57 paragraphe 2 et son article 66	Préambule : vu le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne instituant la Communauté européenne, et notamment son article 53 (2) , son article 62, son article 151 et son article 153

Explication

Les articles 53.2 TFUE (ex-article 47.2 CE) et 62 TFUE (ex-article 55 CE) se rapportent à la liberté d'établissement et à la libre prestation des services. L'article 153 TFUE (ex-article 137 CE) est inclus dans le chapitre sur la politique sociale et se rapporte notamment à « l'amélioration du milieu de travail pour protéger la santé et la sécurité des travailleurs» et aux « conditions de travail ». Les mesures adoptées en application de l'article 153 TFUE (ex-article 137 CE) visent à réaliser les objectifs sociaux du traité, mentionnés à l'article 151 TFUE (ex-article 136 CE), y compris « l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès ».

Le recours à une double base juridique confirme que la directive concernant le détachement de travailleurs doit être interprétée non seulement comme un instrument du marché intérieur, mais aussi comme un outil de protection des travailleurs. La référence à l'article 153 TFUE (ex-article 137 CE) implique notamment que les dispositions du droit national relatives à la protection des travailleurs ne doivent en principe pas être considérées comme des obstacles potentiels au sens de la directive.

Il convient de noter que la procédure de décision est identique pour les deux articles (majorité qualifiée au Conseil et codécision avec le Parlement européen).

TEXTE DE LA DIRECTIVE 96/71/CE	AMENDEMENT (<i>en caractères gras et italiques</i>)
	<p><i>Article 1 (nouveau)</i> <i>Principes</i></p> <p><i>La présente directive a pour objet de garantir la protection des travailleurs et d'instaurer un climat de concurrence loyale dans le marché intérieur.</i></p>

Explication

L'article premier (nouveau) définit les objectifs et principes sur lesquels doit se fonder l'application de la directive.

Conformément à la double base juridique, ce premier paragraphe établit le principe selon lequel la protection des travailleurs et un climat de concurrence loyale dans le marché intérieur sont des objectifs indissociables.

2^e PROPOSITION : Rétablir l'autonomie des partenaires sociaux

Le législateur européen doit :

Prévoir une clause qui vise à garantir l'autonomie des partenaires sociaux, notamment le droit des syndicats à défendre les intérêts des travailleurs et à lutter pour l'égalité de traitement. Cette clause annulera le caractère maximal, selon l'interprétation de la CJE, de la directive concernant le détachement de travailleurs quant aux conditions fixées par la voie de la négociation collective.

TEXTE DE LA DIRECTIVE 96/71/CE	AMENDEMENT (en caractères gras et italiques)
	<p><i>Article premier (nouveau)</i> <i>Principes</i></p> <p><i>[...]</i></p> <p><i>2. La présente directive ne peut être interprétée comme affectant d'une quelconque manière l'exercice des droits fondamentaux, tels qu'ils sont reconnus dans les États membres et les traités internationaux, y compris le droit ou la liberté de faire grève et le droit de négociation collective. Ces droits peuvent également comporter le droit ou la liberté d'entreprendre d'autres actions relevant des systèmes spécifiques de relations du travail propres à chaque État membre.</i></p> <p><i>3. Les travailleurs en grève ne pourront être remplacés par des travailleurs détachés.</i></p>

Explication

L'article premier (nouveau) définit les objectifs et principes sur lesquels doit se fonder l'application de la directive (voir plus haut la proposition de l'article premier [nouveau], paragraphe 1).

Le deuxième paragraphe introduit dans la directive ce qu'il est convenu d'appeler la clause Monti.

Le troisième paragraphe prévoit une interdiction formelle de remplacer des travailleurs en grève par des travailleurs détachés, une pratique récemment utilisée tant dans les anciens que dans les nouveaux États membres ! NB : Cette disposition ne comporte pas de réglementation positive du droit de grève, mais vise plutôt à protéger le droit fondamental de grève des travailleurs, comme garanti par la Charte des droits fondamentaux et d'autres normes internationales. En l'absence de cette interdiction, l'exercice du droit de grève deviendrait illusoire.

3e PROPOSITION : Clarifier le champ d'application de la directive

Contexte

La directive concernant le détachement de travailleurs se fonde sur l'hypothèse selon laquelle les travailleurs détachés ne font pas partie du marché du travail du pays d'accueil. Cependant, cette hypothèse relève de plus en plus de la fiction. Dans un certain nombre de cas, ces travailleurs ne sont pas détachés temporairement dans un contexte de prestation transnationale de services, mais sont employés sur une base durable par des entreprises afin de bénéficier d'un avantage concurrentiel sur le coût de main-d'œuvre. Ces travailleurs sont en réalité entrés de plain-pied sur le marché du travail du pays d'accueil et doivent dès lors être considérés comme des travailleurs migrants, au sens de l'article 45 TFUE (ex-article 39-CE). L'article 45 prévoit clairement un principe de non discrimination entre les travailleurs migrants et les travailleurs locaux.

Comme en témoigne sa base juridique, la directive concernant le détachement de travailleurs est étroitement liée à la notion de prestation transfrontalière de services. L'affaire Laval a néanmoins révélé que l'article 56 TFUE (ex-article 49 CE) n'était pas la seule disposition communautaire applicable. L'article 49 TFUE (ex-article 43 CE), qui se rapporte au droit d'établissement, est également de nature à réglementer les activités des entreprises concernées. La société Laval, formellement établie en Lettonie, détachait en Suède des travailleurs pour l'exécution de chantiers entrepris par une filiale suédoise dont Laval détenait l'ensemble du capital. Il s'est avéré que Laval utilisait en réalité une structure sociale artificielle en Lettonie (le siège social était une boulangerie !) afin de se soustraire à l'ensemble des obligations imposées par la législation et les règles suédoises en matière de conventions collectives.

La Cour subordonne toutefois l'application de la directive concernant le détachement de travailleurs à une simple appréciation factuelle, qui relève par conséquent de la compétence du juge national (arrêt Laval, paragraphe 45 ; voir aussi une brève analyse du champ d'application dans l'arrêt Rüffert, paragraphe 19). Cette appréciation superficielle des faits peut être une conséquence logique de la définition superficielle du champ d'application de la directive.

Le législateur européen doit par conséquent prévoir une définition plus précise de certains éléments clés qui déterminent le champ d'application de la directive concernant le détachement de travailleurs :

- Il convient d'adopter des définitions plus précises du type d'activités qui relève de la directive concernant le détachement de travailleurs afin d'éviter que des entreprises « boîte aux lettres » ne soient en mesure de se soustraire au droit du travail dans le pays d'accueil. Ces entreprises n'exercent pas de réelles activités dans le pays où elles ont leur siège social, mais sont constituées aux seules fins de détacher des travailleurs dans une succursale établie dans le pays d'accueil.***

TEXTE DE LA DIRECTIVE 96/71/CE	AMENDEMENT (<i>en caractères gras et italiques</i>)
<p>Article premier- Champ d'application</p> <p>1. La présente directive s'applique aux entreprises établies dans un État membre qui, dans le cadre d'une prestation de services transnationale, détachent des travailleurs, conformément au paragraphe 3, sur le territoire d'un État membre.</p> <p>2. La présente directive ne s'applique pas aux entreprises de la marine marchande en ce qui concerne le personnel navigant.</p> <p>3. La présente directive s'applique dans la mesure où les entreprises visées au paragraphe 1 prennent l'une des mesures transnationales suivantes:</p> <p>a) détacher un travailleur, pour leur compte et sous leur direction, sur le territoire d'un État membre, dans le cadre d'un contrat conclu entre l'entreprise d'envoi et le destinataire de la prestation de services opérant dans cet État membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement ; ou</p> <p>b) détacher un travailleur sur le territoire d'un État membre, dans un établissement ou dans une entreprise appartenant au groupe, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement</p> <p>ou</p> <p>c) détacher, en tant qu'entreprise de travail intérimaire ou en tant qu'entreprise qui met un travailleur à disposition, un travailleur à une entreprise utilisatrice établie ou exerçant son activité sur le territoire d'un État membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise de travail intérimaire ou l'entreprise qui met un travailleur à disposition et le travailleur pendant la période de détachement.</p>	<p>Article premier – Champ d'application</p> <p>1. La présente directive s'applique aux entreprises établies dans un État membre qui, dans le cadre d'une prestation de services transnationale, détachent des travailleurs, conformément au paragraphe 3, sur le territoire d'un État membre.</p> <p>2. La présente directive ne s'applique (<i>pas</i>)** aux entreprises de la marine marchande en ce qui concerne le personnel navigant.</p> <p>3. La présente directive s'applique dans la mesure où les entreprises visées au paragraphe 1 prennent l'une des mesures transnationales suivantes :</p> <p>a) détacher un travailleur, pour leur compte et sous leur direction, sur le territoire d'un État membre, dans le cadre d'un contrat conclu entre l'entreprise d'envoi et le destinataire de la prestation de services opérant dans cet État membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement ; ou</p> <p>b) (<i>supprimé</i>)</p> <p>c) détacher, en tant qu'entreprise de travail intérimaire ou en tant qu'entreprise qui met un travailleur à disposition, un travailleur à une entreprise utilisatrice établie ou exerçant son activité sur le territoire d'un État membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise de travail intérimaire ou l'entreprise qui met un travailleur à disposition et le travailleur pendant la période de détachement.</p>

4. Les entreprises dans un État non membre ne peuvent pas obtenir un traitement plus favorable que les entreprises établies dans un État membre.	4. Les entreprises dans un État non membre ne peuvent pas obtenir un traitement plus favorable que les entreprises établies dans un État membre.
--	--

Explication

** L'article premier, paragraphe 2 est actuellement l'objet d'une deuxième phase de consultation dans le cadre du dialogue social sectoriel entre les partenaires sociaux européens en vue de réexaminer l'utilité d'une dérogation pour le personnel navigant de la marine marchande. En fonction des résultats de cette consultation, il conviendra éventuellement d'envisager des amendements à l'article 1.2.

L'article 1.2 (b) de la directive 96/71/CE assimile les personnes transférées temporairement par leur société à des travailleurs détachés. Cependant, l'inclusion automatique de ces travailleurs dans le champ d'application de la directive concernant le détachement de travailleurs n'est pas justifiée puisqu'il peut ne pas y avoir de réelle prestation de services.

Le transfert d'un salarié d'une entreprise à une succursale ne constitue pas toujours une activité commerciale transfrontalière justifiant en soi l'application de la directive concernant le détachement de travailleurs. La directive concernant le détachement de travailleurs est néanmoins applicable à ces transferts pour autant qu'ils consistent en une prestation de services, c'est-à-dire dans le cas où sont remplis les critères prévus à l'article 2 amendé.

Article 2	Article 2
Définition	<p>Définition</p> <p>1. Aux fins de la présente directive, les définitions suivantes sont applicables :</p> <p>a) On entend par «prestation de services transnationale» la prestation d'un service transfrontalier, au sens des articles 49 et 50 CE, associée à une activité économique réelle dans l'État membre de l'établissement du prestataire de services.</p> <p>La présente directive ne s'applique pas lorsque la plupart ou l'entièreté des services d'une entreprise sont tournées vers le territoire d'un autre État membre et que le siège social de cette entreprise demeure en dehors de cet État membre.</p>

<p>2. Aux fins de la présente directive, la notion de travailleur est celle qui est d'application dans le droit de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché.</p>	<p>b) On entend par « travailleur détaché », tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un État membre autre que l'État sur le territoire duquel il travaille habituellement.</p> <p><i>L'entreprise qui détache un travailleur, au sens de l'article 1.3, devra notamment démontrer :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <i>- que le travailleur travaille habituellement dans un autre État membre que l'État membre où il est détaché et qu'il y retournera après la période de détachement ;</i> <i>- que le travailleur n'est pas détaché pour remplacer un travailleur détaché qui exécute un travail identique ou similaire afin de contourner les règles relatives au caractère temporaire du détachement ;</i> <p>c) On entend par « État membre d'accueil » l'État membre dans lequel le travailleur est temporairement détaché au sens de la présente directive.</p> <p>2. Aux fins de la présente directive, la notion de travailleur est celle qui est d'application dans le droit de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché.</p>
---	---

Explication

L'article 2 amendé définit les personnes et les activités auxquelles s'applique la directive concernant le détachement de travailleurs. L'application de la directive concernant le détachement de travailleurs doit être déterminée tant par l'activité qui justifie le détachement d'un travailleur d'un État membre à un autre (prestation de services transnationale) que par le statut du travailleur détaché. Dans les deux cas, le caractère « temporaire » est essentiel.

- Article 2.1.a) nouveau

La « prestation de services transnationale » est associée à une activité économique transfrontalière, conformément au traité CE. L'article 2.1a) nouveau insiste sur le caractère authentique de l'activité économique dans l'État membre d'établissement.

Comme l'a jugé la CJE en matière de sécurité sociale, les entreprises doivent mener des activités significatives dans le pays d'établissement. À titre d'exemple, les activités de gestion purement

internes ne sont pas significatives en soi¹⁵.

En outre, ainsi que l'a jugé la Cour dans l'affaire Van Binsbergen, le traité UE permet des dispositions destinées à empêcher que l'exercice de la liberté fondamentale à la prestation de services ne soit détournée par des personnes dirigeant la plupart ou l'entièreté de ses services vers le territoire d'un autre État membre mais conserve son siège social en dehors de cet État membre en vue de se soustraire à ses obligations professionnelles¹⁶.

En conséquence, le champ d'application de la directive concernant le détachement de travailleurs ne peut être détourné en vue de se soustraire à la législation sur l'emploi d'un État membre.

L'article 2.1a) nouveau n'a ni pour objet ni pour conséquence de redéfinir la liberté fondamentale d'établissement comme l'interprète la CJE¹⁷. Il convient en effet de garder à l'esprit que la directive concernant le détachement des travailleurs ne réglemente pas le droit d'établissement ; elle édicte des règles pour la protection des travailleurs. Par conséquent, l'incapacité de remplir le critère défini par l'article 2.1.a) est sans conséquence sur la libre prestation des services ou sur le droit des entreprises établies dans un autre État membre de détacher leurs travailleurs dans l'État membre d'accueil.

- L'article 2.1.b) nouveau

précise le caractère temporaire du détachement des travailleurs. À la suite d'un vaste débat, l'idée d'imposer un terme au détachement (6 mois) a été abandonnée au profit de critères plus significatifs qui peuvent être établis à partir de la jurisprudence.

L'Article 2.1b) qualifie le statut temporaire du travailleur détaché, faisant référence à des critères matériels qui découlent de la jurisprudence.

La directive concernant le détachement de travailleurs n'est censée s'appliquer que si le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans le pays d'accueil. Cette condition est interprétée par les tribunaux de manière peu transparente, certains travailleurs étant parfois 'détachés' jusqu'à cinq ans. Or, dans ces situations de « détachements » de longue durée, on ne peut raisonnablement pas soutenir que le lieu habituel de travail et/ ou de résidence n'a pas changé, qu'il demeure dans le pays d'origine et que le marché du travail sur lequel le travailleur est actif n'est pas en réalité devenu celui du pays d'accueil.

Il est recommandé que la CES explore de manière plus approfondie si et dans quelles conditions une définition plus précise de « période limitée » peut contribuer à prévenir le dumping social et faciliter la mise en œuvre de la directive.

¹⁵ Josef Plum, arrêt C-404/98, paragraphes 21 et 22.

¹⁶ Van Binsbergen, C-33/74, paragraphe 13. Voir aussi Commission contre Allemagne, C-205/84 ; Vereniging Veronica Omroep Organisatie, C-148/91.

¹⁷ Une société peut avoir son siège social dans un État membre et mener l'ensemble de ses activités économiques dans un autre État membre (Centros, C-212/97; Überseering, C-208/00; Inspire Arts, C-167/01).

4^e PROPOSITION : Rétablir le caractère minimal de la directive concernant le détachement de travailleurs

Contexte

Les arrêts stipulent que la directive concernant le détachement de travailleurs est une directive « maximale » en ce qui concerne la liste des conditions prévues à l'article 3.1 et le degré de protection (conditions « minimales »). Jusqu'à présent, les États membres ont utilisé les articles 3.7 et 3.10 pour justifier le besoin d'une flexibilité accrue en dehors du champ d'application de l'article 3.1. Le considérant 17 dispose en effet que « les règles impératives de protection minimale en vigueur dans le pays d'accueil ne doivent pas empêcher l'application des conditions de travail et d'emploi plus favorables aux travailleurs. » Cependant, l'interprétation à ce point restrictive des articles 3.7 et 3.10 par la CJCE impose que l'on considère désormais l'article 3.1 comme établissant des normes maximales.

Le législateur doit préciser sans équivoque le caractère minimal de l'article 3.1 dans l'objet de la directive (voir plus haut) et reconnaître l'autonomie des partenaires sociaux dans la négociation et l'adoption de conditions plus favorables aux travailleurs (voir la 2^e proposition plus haut). L'État membre d'accueil doit également être en mesure d'imposer, sans distinction, aux employeurs étrangers et nationaux un degré de protection plus élevé plutôt que des « règles minimales ». Ces dispositions doivent satisfaire aux critères de transparence et d'accessibilité et garantir qu'un prestataire de services établi en dehors de l'État membre d'accueil puisse prendre connaissance au préalable des normes du travail applicables.

Le législateur doit par conséquent clarifier l'article 3.1 et préciser que la liste des conditions garanties aux travailleurs détachés sont des normes fondamentales plutôt que minimales.

TEXTE DE LA DIRECTIVE 96/71/CE	AMENDEMENT (en caractères gras et italiques)
Article 3	Article 3
Conditions de travail et d'emploi	Conditions de travail et d'emploi
1. Les États membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises visées à l'article 1er paragraphe 1 garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire les conditions de travail et d'emploi concernant les matières visées ci-après qui, dans l'État membre sur le territoire duquel le travail est exécuté, sont fixées: - par des dispositions législatives, réglementaires	1. Les États membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises visées à l'article 1er paragraphe 1 garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire les conditions de travail et d'emploi concernant les matières visées ci-après qui, dans l'État membre sur le territoire duquel le travail est exécuté, sont fixées: - par des dispositions législatives, réglementaires

<p>réglementaires ou administratives et/ou</p> <p>- par des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale au sens du paragraphe 8, dans la mesure où elles concernent les activités visées en annexe:</p> <p>a) les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos;</p> <p>b) la durée minimale des congés annuels payés; c) les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires; le présent point ne s'applique pas aux régimes complémentaires de retraite professionnels;</p> <p>d) les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire;</p> <p>e) la sécurité, la santé et l'hygiène au travail;</p> <p>f) les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes;</p> <p>g) l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination.</p> <p>Aux fins de la présente directive, la notion de taux de salaire minimal visée au second tiret point c) est définie par la législation et/ou la pratique nationale(s) de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché.</p>	<p>ou administratives et/ou</p> <p>- par des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale au sens du paragraphe 8, <i>premier alinéa</i> ** (<i>supprimé</i>)** :</p> <p>a) les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos, <i>y compris les mesures protectrices en ce qui concerne le travail de nuit</i>.</p> <p>b) la durée (<i>supprimé</i>) des congés annuels payés ;</p> <p>c) les taux de salaire (<i>supprimé</i>)**, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires ; le présent point ne s'applique pas aux régimes complémentaires de retraite professionnels ;</p> <p>d) les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire ;</p> <p>e) la sécurité, la santé et l'hygiène au travail ;</p> <p>f) les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes</p> <p>g) l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination.</p> <p>Aux fins de la présente directive, la notion de taux de salaire (<i>supprimé</i>) visée au paragraphe 1 (c) est définie par la législation et/ou la pratique nationale de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché. <i>Les allocations propres au détachement ne sont en principe pas considérées comme faisant partie du taux de salaire. Elles ne peuvent être déduites des salaires sauf si le droit national, les conventions collectives et/ou les pratiques de l'État membre sur le territoire duquel le</i></p>
---	--

<p>Article 3.7</p> <p>7. Les paragraphes 1 à 6 ne font pas obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs.</p> <p>Les allocations propres au détachement sont considérées comme faisant partie du salaire minimal, dans la mesure où elles ne sont pas versées à titre de remboursement des dépenses effectivement encourues à cause du détachement, telles que les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture.</p>	<p><i>travailleur est détaché le prévoient.</i></p> <p>Article 3.7</p> <p>7. Les paragraphes 1 à 6 ne font pas obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail <i>du pays d'accueil ou du pays d'origine du travailleur détaché</i> plus favorables pour les travailleurs, <i>notamment par l'exercice du droit fondamental des travailleurs et des employeurs, ou de leurs organisations respectives, de négocier et de conclure des conventions collectives aux niveaux appropriés pour défendre leurs intérêts, y compris la grève, pour protéger et améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs, y compris le droit à l'égalité de traitement.</i></p> <p><i>(supprimé ici ; inséré plus haut)</i></p> <p><i>Article 3.7.a nouveau</i></p> <p><i>La présente directive est sans préjudice du droit des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives, dans les domaines harmonisés par des dispositions minimales en droit communautaires, plus favorables aux travailleurs ou de promouvoir ou de permettre des conventions collectives ou des accords conclus entre les partenaires sociaux plus favorables aux travailleurs.</i></p>
--	---

Explication

- La référence à l'article 3.8 doit être adaptée pour des raisons de cohérence avec la proposition 5. La référence aux activités est supprimée pour contraindre les États membres à étendre la protection de la directive concernant le détachement de travailleurs à tous les secteurs et activités (voir proposition 6).
- Le degré de protection qui doit être garanti par l'État membre d'accueil au titre de

l'article 3.1 ne doit pas être limité au « niveau minimal ». De même, cette mention ne doit pas être interprétée comme référence exclusive aux systèmes de salaire minimum légal. À titre d'exemple, lorsque plusieurs taux de salaire peuvent être applicables dans une région, à un secteur ou à une industrie, le travailleur détaché devrait tout au moins bénéficier du taux de salaire prévu par les conventions collectives au sens de l'article 3.8.

Cette disposition correspond au principe général de l'article 3.1, selon lequel certaines **matières** (et non pas des niveaux) sont des dispositions fondamentales qui doivent être appliquées lorsqu'elles sont fixées par des dispositions législatives ou des conventions collectives.

La fin de l'article 3.1 stipule que les « taux de salaire » sont définis par la législation ou la pratique nationale. Il convient d'ajouter ici les « conventions collectives » comme source de définition des salaires.

- Le terme « taux de salaire minimal » a toujours été ambigu par comparaison au salaire minimum légal ou au taux de salaire minimal fixé par des conventions collectives. Il est toutefois essentiel de préciser que le degré de protection qui doit être garanti par l'État membre d'accueil conformément à l'article 3.1 ne doit pas être limité au salaire minimum légal, lorsqu'existent des systèmes de salaire minimum légal. Une protection des salaires limitée à ce point entraîne une concurrence déloyale et porte atteinte aux salaires. Il convient de préciser que les travailleurs détachés doivent percevoir le taux de salaire déterminé correspondant à leur emploi. Ce principe général est particulièrement important dans des pays comme le Royaume-Uni, où les conventions collectives ne sont pas contraignantes pour les employeurs qui n'en sont pas signataires, mais qui néanmoins appliquent les taux de salaire en vigueur dans le secteur. Actuellement, les employeurs détachant des travailleurs peuvent payer des salaires inférieurs aux niveaux convenus collectivement.

Il a été envisagé d'amender l'article 3.1 afin de garantir aux travailleurs détachés le taux de salaire dominant dans le pays d'accueil, fixé par des dispositions législatives ou des conventions collectives, au sens de l'article 3.8. D'autres ont en revanche considéré que l'amendement de cet article pourrait poser des problèmes lorsque les conventions collectives sont contraignantes et qu'il existe une incertitude quant à ce que représente la notion de « taux de salaire en vigueur ».

La suppression du terme « minimum » devrait suffire pour confirmer que la directive ne se limite pas à protéger le droit des travailleurs à percevoir le salaire minimum légal dans le pays d'accueil, mais qu'elle prévoit plutôt leur droit de percevoir le salaire correspondant à leur emploi, fixé par des dispositions législatives, des conventions collectives ou la pratique nationale.

- La Directive a clairement comme objectif de respecter les systèmes existants de salaire minimum légal, les taux de salaires (minimum) fixés dans les accords collectifs, et les systèmes pour déclarer les accords collectifs d'application générale. Mais la directive n'entraîne pas d'obligations d'introduire de tels systèmes où ils n'existent pas (ce qui est confirmé par la Déclaration No 5 du Conseil et de la Commission et par le procès verbal du Conseil (Document du Conseil 10048/96)).
- Le travail de nuit est un sujet important, qui devrait être couvert sans équivoque par

la directive concernant le détachement de travailleurs.

- On peut affirmer que la liste des dispositions fondamentales devrait inclure le droit (du travailleur détaché) de participer à une action collective, y compris la grève. À cet égard, selon le règlement Rome II sur la loi applicable aux obligations non contractuelles, la loi applicable à la responsabilité des dommages causés par une grève est la loi du pays dans lequel cette grève est ou a été engagée (article 9). Cependant, lorsque l'employeur et le travailleur ont leur résidence habituelle dans un même pays au moment où sont causés les dommages, la loi applicable est celle de ce pays. C'est pourquoi, cette question, assez complexe, doit encore être approfondie.
- Il est plus logique de déplacer le deuxième paragraphe de l'article 3.7, qui se rapporte aux prestations propres au détachement, et de l'intégrer à la liste de l'article 3.1, puisqu'il se rapporte à la notion de salaire.
- La nouvelle formulation du paragraphe 3.7 confirme explicitement que cette directive prévoit les conditions minimales applicables notamment aux conditions de travail dans l'État membre d'accueil. En outre, ce paragraphe comporte une clause de sauvegarde qui précise que la directive concernant le détachement de travailleurs est sans préjudice du droit des partenaires sociaux d'agir en tant qu'organisations indépendantes et autonomes et de leur faculté de réglementer leurs relations par des conventions collectives. En d'autres mots, la directive concernant le détachement de travailleurs est sans incidence sur le droit des syndicats à négocier des conditions d'emploi et de travail supplémentaires et/ou plus favorables que celles explicitement prévues par la directive. Les dispositions de la directive ne font pas obstacle au droit de mener une action collective.

Il est absolument nécessaire de préciser que les syndicats peuvent lutter pour l'amélioration des conditions de vie et de travail des travailleurs, y compris l'égalité de traitement entre les travailleurs locaux et les travailleurs migrants.

- Un nouvel article 3.7.a permettrait manifestement à l'État membre d'accueil et aux partenaires sociaux d'assumer la responsabilité du respect et de la mise en œuvre des dispositions de la législation sociale européenne, plutôt que d'appliquer la règle du pays où le travail est habituellement accompli (le pays d'origine), comme la CJE semblait l'indiquer dans l'arrêt Luxembourg. Ces dispositions font partie intégrante de « l'ordre public social communautaire », dont le respect doit être suivi et mis en application notamment sur le lieu où le travail est accompli.

5^e PROPOSITION : Respecter et protéger la pluralité des systèmes de relations du travail dans les États membres

Contexte

Suite à l'arrêt Rüffert, il s'avère que la directive concernant le détachement de travailleurs est une directive maximale en ce qui concerne ses modalités de mise en œuvre. Une convention collective ne peut être applicable aux travailleurs détachés que si elle satisfait aux conditions énumérées aux articles 3.1 et 3.8. La CJEU interprète ces articles de manière restrictive et affiche une conception rigide des relations du travail qu'il sera difficile d'observer au plan national, où plusieurs conventions collectives peuvent être applicables.

Il ressort de l'arrêt Rüffert que l'article 3.1, deuxième alinéa (comme défini à l'article 3.8, au point 8, premier alinéa) et les autres formes de conventions collectives déclarées d'application générale visées à l'article 3.8 sont interprétés comme mutuellement exclusifs. Les conventions collectives déclarées d'application générale ne sont applicables qu'en l'absence d'un système de déclaration d'application universelle des conventions collectives dans l'État membre d'accueil, conformément aux articles 3.1 et 3.8, premier alinéa (arrêt Rüffert, paragraphe 27). Cet arrêt impose des difficultés considérables aux systèmes nationaux de relations du travail qui se fondent sur ces deux types de convention (ex. l'Allemagne et l'Italie).

L'inclusion d'un élément concurrentiel entre les conventions collectives n'incite pas les employeurs à accepter des conditions d'emploi plus favorables dans un secteur ou une zone géographique.

En conséquence, le législateur européen doit réintroduire une flexibilité suffisante dans les modalités de mise en œuvre de la directive concernant le détachement de travailleurs afin de garantir le respect de la diversité des systèmes de relations du travail et d'assurer la transparence et la certitude nécessaires aux entreprises établies dans d'autres États membres.

Afin d'éviter tout malentendu, il est important de mentionner l'avis de la CJEU au paragraphe 68 de l'arrêt Laval, selon lequel la directive 96/71 ne vise pas à harmoniser des systèmes de fixation des conditions de travail et d'emploi dans les États membres, ces derniers restant libres de choisir, au niveau national, un système qui ne figure pas expressément parmi ceux prévus par ladite directive, pourvu qu'il n'entrave pas la prestation des services entre les États membres. Ceci implique que dans de tels cas, selon la CJEU, l'article 56 TFUE (ex-article 49 CE) s'applique directement.

Il s'ensuit que les systèmes qui n'entrent pas dans le champ d'application de la directive concernant le détachement de travailleurs, à savoir l'article 3.8, ne peuvent être à l'abri de l'application directe de l'article 56 TFUE (ex-article 49 CE), conformément à l'interprétation actuelle de la CJUE, que par l'intermédiaire d'une obligation prévue par le traité UE qui modifie cette interprétation (par exemple un protocole de progrès social, comme proposé par la CES).

TEXTE DE LA DIRECTIVE 96/71/CE	AMENDEMENT (<i>en caractères gras et italiques</i>)
<p>Article 3.8</p> <p>8. On entend par conventions collectives ou sentences arbitrales, déclarées d'application générale, 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.</p> <p>En l'absence d'un système de déclaration d'application générale de conventions collectives ou de sentences arbitrales au sens du premier alinéa, les États membres peuvent, s'ils décident ainsi, prendre pour base:</p> <ul style="list-style-type: none"> - les conventions collectives ou sentences arbitrales qui ont un effet général sur toutes les entreprises similaires appartenant au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territoriale de celles-ci <p>et/ou</p> <p>- les conventions collectives qui sont conclues par les organisations des partenaires sociaux les plus représentatives au plan national et qui sont appliquées sur l'ensemble du territoire national,</p>	<p>Article 3.8</p> <p>8. On entend par conventions collectives ou sentences arbitrales, déclarées d'application générale, 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.</p> <p><i>Les États membres peuvent également, s'il décident ainsi, conformément à leur législation et pratiques nationales, prendre pour base :</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - les conventions collectives ou sentences arbitrales qui ont un effet général, <i>y compris sur la base de la législation relative aux marchés publics, sur une majorité d'entreprises similaires et/ou de travailleurs similaires appartenant (en tout ou en partie) au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territoriale de celles-ci et/ou</i> <p>et/ou</p> <p><i>- les conventions collectives ou sentences arbitrales qui ont un effet général sur une majorité d'entreprises similaires et/ou de travailleurs similaires appartenant, en tout ou en partie, au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territoriale de celles-ci et/ou</i></p> <p><i>(NDT : ce paragraphe n'affecte que la version anglaise)</i></p> <ul style="list-style-type: none"> - les conventions collectives qui sont conclues par les organisations des partenaires sociaux les plus représentatives au plan national <i>et à tout autre niveau approprié</i> et qui sont appliquées <i>(en tout ou en partie) au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territoriale de celles-ci</i>

<p>pour autant que leur application aux entreprises visées à l'article 1er paragraphe 1 garantisse, quant aux matières énumérées au paragraphe 1 premier alinéa du présent article, une égalité de traitement entre ces entreprises et les autres entreprises visées au présent alinéa se trouvant dans une situation similaire.</p> <p>Il y a égalité de traitement, au sens du présent article, lorsque les entreprises nationales se trouvant dans une situation similaire :</p> <ul style="list-style-type: none"> - sont soumises, au lieu d'activité ou dans le secteur concernés, aux mêmes obligations, en ce qui concerne les matières énumérées au paragraphe 1 premier alinéa, que les entreprises visées par les détachements <p>et</p> <ul style="list-style-type: none"> - se voient imposer lesdites obligations avec les mêmes effets 	<p>pour autant que leur application aux entreprises visées à l'article 1er paragraphe 1 garantisse, quant aux matières énumérées au paragraphe 1 premier alinéa du présent article, une égalité de traitement entre ces entreprises et les autres entreprises visées au présent alinéa se trouvant dans une situation similaire.</p> <p>Il y a égalité de traitement, au sens du présent article, lorsque la majorité des entreprises nationales se trouvant dans une situation similaire :</p> <ul style="list-style-type: none"> - sont soumises, au lieu d'activité ou dans le secteur concernés, aux mêmes obligations, en ce qui concerne les matières énumérées au paragraphe 1 premier alinéa, que les entreprises visées par les détachements <p>et</p> <ul style="list-style-type: none"> - se voient imposer lesdites obligations avec les mêmes effets.
---	---

Explication

- Le deuxième alinéa de l'article 3.8 amendé permet explicitement à l'État membre d'accueil de se référer à d'autres formes de conventions collectives déclarées d'application générale. Le texte amendé doit d'une part permettre que, dans des pays comme l'Allemagne, une convention collective régionale, rendue applicable par la législation relative aux marchés publics et ne couvrant qu'une partie du secteur, soit réputée contraignante au lieu ou en plus de la convention collective nationale déclarée d'application universelle ; d'autre part, le texte ne doit pas avoir pour effet, dans des pays comme la Suède, de contraindre l'État membre à rendre des conventions collectives *de facto* d'application universelle.
- Article 3.8, alinéas 1,2 et 3 est amendé pour préciser qu'il n'est pas utile de démontrer qu'une convention collective s'applique généralement à toutes les entreprises similaires. Il est pratiquement impossible d'observer cette règle en pratique. Il devrait plutôt suffire de démontrer qu'une convention collective est généralement applicable / appliquée à une majorité d'entreprises similaires et/ou des travailleurs similaires dans une région, une profession ou un secteur concernés, en tout ou en partie.
- Dans certains systèmes, ce n'est pas le nombre d'entreprises couvertes, mais le pourcentage de travailleurs dans le secteur qui détermine le caractère généralement applicable d'une convention collective.

Il est important de clarifier qu'en introduisant la notion « d'entreprises similaires et/ ou travailleurs similaires » l'intention n'est nullement d'interférer avec certaines situations nationales où plus d'un accord collectif s'applique à une entreprise, par exemple parce que les salariés ouvriers sont couverts par de différents accords que les salariés cadres. Dans de telles situations, les références aux « travailleurs similaires », « appartenant au secteur ou à la profession concernés » indiquent indubitablement qu'un accord collectif couvrant les salariés cadres ou dirigeants devraient être considérés comme tels lors de la détermination des salariés similaires (c'est-à-dire avec des professions similaires) dans d'autres entreprises.

- La directive 96/71/CE a également donné aux États membres la possibilité de se référer à des conventions collectives conclues par les partenaires sociaux les plus représentatifs. Pour ces conventions collectives, la référence à la région, la profession ou le secteur concernés, par opposition au « territoire national », reflète plus précisément les pratiques syndicales.
- L'égalité de traitement : cette disposition doit être adaptée par rapport au changement de point de vue (la majorité au lieu de toutes les entreprises couvertes !).

6^e PROPOSITION : Les marchés publics comme modalité de mise en œuvre

Contexte

L'absence de référence quelconque à la réglementation des marchés publics dans l'Union européenne est l'un des aspects les plus remarquables de l'arrêt Rüffert. Ceci est particulièrement étonnant étant donné que la réglementation allemande concernée porte explicitement sur les marchés publics et non pas essentiellement sur le détachement de travailleurs.

Cet aspect est d'autant plus remarquable que, comme l'a souligné l'avocat général dans l'affaire Rüffert, la possibilité d'incorporer des dispositions sociales dans les marchés publics a déjà été reconnue par la Cour (Affaire Beentjes, 31/87 et Commission contre France, C-225/98) et est aujourd'hui prévue par la directive 2004/18. L'article 26 de cette directive, intitulé « Conditions d'exécution du marché » dispose que :

« les pouvoirs adjudicateurs peuvent exiger des conditions particulières concernant l'exécution du marché pour autant qu'elles soient compatibles avec le droit communautaire et qu'elles soient indiquées dans l'avis de marché ou dans le cahier des charges. Les conditions dans lesquelles un marché est exécuté peuvent notamment viser des considérations sociales et environnementales. »

La Commission a adopté une position similaire dans sa Communication interprétative [COM (2001) 566, Bruxelles, le 15 octobre 2001] dans laquelle elle déclarait :

« D'une manière générale, tout pouvoir adjudicateur est libre, lors de la définition des produits et des services qu'il entend acheter, de choisir d'acquérir des biens, des services ou des ouvrages qui correspondent à ses préoccupations en matière sociale, y compris en termes de variantes, pourvu que ce choix n'aboutisse pas à un accès restreint au marché en question au détriment des soumissionnaires d'autres États membres. »

Le raisonnement de la CJE laisse entendre que l'on ne peut « imposer des conditions particulières pour l'exécution d'un contrat public » puisque ces conditions ne s'appliqueront pas équitablement au secteur privé. Ceci est manifestement en totale contradiction avec la législation européenne sur les marchés publics (qui par définition ne réglemente que les marchés publics) et la convention n° 94 de l'OIT sur les clauses de travail dans les contrats publics (1949). Il existe des raisons valables pour considérer que l'arrêt rendu dans l'affaire Rüffert est inapproprié puisqu'il ne tient pas compte des obligations internationales de plusieurs États membres antérieures à leur adhésion à l'UE.

La convention n° 94 a pour objet de garantir que les conditions de travail des salariés dans le cadre d'un marché public ne soient pas moins favorables que les conditions établies pour un travail de même nature dans la profession ou l'industrie intéressée. Cette convention définit les salaires « équitables » comme suit : « des salaires (y compris les allocations), une durée du travail et d'autres conditions de travail qui ne soient pas moins favorables que les conditions établies pour un travail de même nature

dans la profession ou l'industrie intéressée de la même région » (article 2.1). Dix États membres ont ratifié cette convention.

Dans l'arrêt Rüffert, la Cour ne laisse qu'une marge (particulièrement) réduite pour justifier la différence de traitement des travailleurs dans les contrats publics et privés dans certains cas : la Cour déclare explicitement que « le dossier soumis à la Cour ne contient aucun indice permettant de conclure » qu'une protection particulière est nécessaire aux travailleurs employés dans le cadre d'un marché public (paragraphe 40). Cette question importante de politique publique qui consiste à octroyer une protection particulière aux travailleurs employés dans le cadre d'un marché public, qui est internationalement acceptée par l'Organisation internationale du travail et également au plan européen, dans le cadre juridique des marchés publics, a été complètement ignorée par la Cour.

Il s'ensuit que le législateur européen doit préciser (à l'article 3.8 et/ou 3.10) que les contrats publics conformes aux normes européennes (et de l'OIT) sur les marchés publics représentent une modalité acceptable de mise en œuvre de la directive concernant le détachement de travailleurs et doit également préciser à l'article 3.10 que les contrats publics peuvent excéder les règles minimales prévues à l'article 3.1 pour des raisons d'ordre public.

Article 3.10	Article 3.10 ¹⁸
10. La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres, dans le respect du traité, imposent aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres États, d'une façon égale : - [...] - [...]	10. La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres, dans le respect du traité, imposent aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres États, d'une façon égale : - [...] - [...] - [...] - <i>des conditions de travail et d'emploi au sujet des questions visées à l'article 3.1, ainsi que d'autres matières dans le cas des contrats publics, comme défini à l'article 1.2 (a) de la directive 2004/17/CE et à l'article 1.2 (a) de la directive 2004/18/CE.</i>
<p><u>Explication</u></p> <p>Les troisième et quatrième nouveaux alinéas visent à garantir la compatibilité de la directive concernant le détachement de travailleurs avec les clauses sociales des procédures de marchés publics.</p>	

¹⁸ Voir page47 pour l'amendement complet du texte de l'article 3.10, conformément aux propositions 6,7 et 8.

À titre d'exemple, la législation nationale relative aux marchés publics doit pouvoir exiger des pouvoirs adjudicateurs et de tous leurs contractants le respect des conditions d'emploi prévues dans la convention collective concernée.

Ces contrats publics doivent soit se référer à la liste des dispositions principales de l'article 3.1, soit à d'autres conditions d'emploi considérées d'intérêt public (voir ci-dessous).

La directive 2004/18/CE relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics définit les marchés publics comme suit : « des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services au sens de la présente directive. » Sont considérés comme « pouvoirs adjudicateurs » : l'État, les collectivités territoriales, les organismes de droit public et les associations formées par une ou plusieurs de ces collectivités ou un ou plusieurs de ces organismes de droit public.

7^e PROPOSITION : Rétablir la notion d'intérêt public

Contexte

Dans l'arrêt Luxembourg, la Cour a jugé que l'État membre d'accueil ne peut imposer d'une façon égale aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres États d'autres conditions que celles énumérées à l'article 3.1 à moins qu'il ne s'agisse de dispositions d'ordre public au sens de l'article 3.10 de la directive concernant le détachement de travailleurs. Cet article est par conséquent d'une importance cruciale au regard des dispositions nationales en matière d'ordre économique et social. La Cour considère néanmoins que l'article 3.10 de la directive concernant le détachement de travailleurs constitue une exception au principe sur lequel se fonde cette directive et doit dès lors être interprété de manière très restrictive.

La Cour estime que l'État membre d'accueil ne peut déterminer unilatéralement le champ d'application des mesures d'ordre public. Des éléments d'appréciation appropriés doivent être présentés quant à leur nécessité et proportionnalité dans le cadre d'une mesure d'ordre public. La liste des conditions à remplir est destinée à s'étendre dans la jurisprudence car la CJE évalue le caractère relatif à l'ordre public des mesures au cas par cas.

Il est déjà clair que les objectifs de « protection du pouvoir d'achat des travailleurs et de paix sociale » ne constituent manifestement pas des éléments d'appréciation suffisants (Commission contre Luxembourg, paragraphe 53).

En imposant un ensemble excessif et imprévisible de conditions, la Cour a dépourvu l'article 3.10 de tout effet utile.

Il est par conséquent nécessaire que le législateur rétablisse l'objet initial de cette disposition et permette à l'État membre d'accueil d'appliquer de façon égale des dispositions aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres États, qui, au bénéfice de l'ordre social et juridique de l'État membre d'accueil, sont nécessaires à la protection des travailleurs.

TEXTE DE LA DIRECTIVE 96/71/CE	AMENDEMENT (en caractères gras et italiques)
Article 3.10 10. La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres, dans le respect du traité, imposent aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres États, d'une façon égale :	Article 3.10 ¹⁹ 10. La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres, ou, conformément aux pratiques dans les Etats membres les partenaires sociaux dans l'État membre , imposent aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres États, d'une façon égale :

¹⁹ Voir page 47 pour l'amendement complet du texte de l'article 3.10, conformément aux propositions 6,7 et 8.

<ul style="list-style-type: none"> - des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées au paragraphe 1 premier alinéa, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public. - [...] 	<ul style="list-style-type: none"> - des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées au paragraphe 1 premier alinéa, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre social et public, y compris les dispositions appropriées pour la réalisation de la protection des travailleurs, l'égalité de traitement, la prévention du dumping social ou la concurrence loyale. - [...]
---	--

Explication

L'amendement de l'article 3.10 vise à rétablir la possibilité pour les États membres, ainsi que pour les partenaires sociaux dans les États membres où cela s'avère nécessaire, et à prévoir des dispositions qui ne sont pas explicitement mentionnées à l'article 3.1 de la directive, mais constituent des raisons impérieuses d'intérêt public qui justifient leur application aux travailleurs détachés. Cette nouvelle possibilité doit être considérée comme complémentaire à la notion d'ordre public, qui a déjà été définie dans l'arrêt Luxembourg.

Une référence explicite à « l'égalité de traitement » est ajoutée comme objectif supplémentaire à interpréter comme un objectif d'ordre social ou public.

8^e PROPOSITION : Assurer une application effective

Contexte

La pratique dans les États membres révèle un défaut d'application considérable des dispositions de la directive concernant le détachement de travailleurs. Cette situation a notamment été admise par la Commission²⁰ et le Parlement européen²¹.

Premièrement, les États membres sont seulement obligés d'appliquer leurs accords collectifs (déclarés d'application universelle) aux travailleurs détachés dans le secteur de la construction (c'est-à-dire les activités mentionnées dans l'annexe de la directive). Cependant, ils sont autorisés à appliquer également leurs accords déclarés d'application universelle à d'autres secteurs. .

Deuxièmement, les dispositions de la directive relatives à la mise en œuvre sont très faibles. L'article 4 ne prévoit que l'obligation de coopération entre les administrations publiques afin de répondre aux demandes d'informations relatives à la mise à disposition transnationale de travailleurs, tandis que l'article 5 demande simplement aux États membres de prendre des « mesures adéquates » en cas de non-respect de la directive. Les articles 4 et 5 doivent par conséquent être révisés en vue de renforcer leur signification pratique.

En pratique, une meilleure application des dispositions de la directive concernant le détachement de travailleurs comporte deux aspects :

- Une obligation imposée aux États membres de superviser le respect des conditions d'emploi applicables ;
- Des mesures appropriées en cas de non-respect des obligations prévues par la directive concernant le détachement de travailleurs, notamment des sanctions dissuasives et efficaces. La mise en place d'un système de responsabilité solidaire est un élément clé d'un système adéquat de sanctions. Ces dernières années ont été marquées par une augmentation de la sous-traitance dans toute l'Europe. En créant des réseaux de sous-traitance extrêmement complexes, les entreprises principales sont en mesure de se soustraire facilement aux normes et aux conditions de travail légales ou convenues collectivement.

Le législateur européen doit :

1. ***supprimer la possibilité des États membres de restreindre le champ d'application de leurs conventions collectives déclarées d'application universelle aux travailleurs détachés comme mentionné à l'annexe de la directive (secteur de la construction et assimilé) ;***

²⁰ Ex. : Communication de la Commission « Orientations concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services », [COM(2006) 159 final] ; Recommandation de la Commission du 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, 2008/C 85/01.

²¹ Résolution du 11 juillet 2007 sur la communication de la Commission intitulée « Détachement de travailleurs dans le cadre de la prestation de services : en tirer les avantages et les potentialités maximum tout en garantissant la protection des travailleurs » ; Résolution du 22 octobre 2008 sur les défis pour les conventions collectives dans l'UE (Rapport Andersson).

2. renforcer les obligations des États membres de mettre en œuvre et d'assurer le suivi de la directive concernant le détachement de travailleurs.

NB : Le renforcement de l'obligation des États membres de mettre en œuvre et d'assurer le suivi de la directive concernant le détachement de travailleurs est considéré par de nombreuses organisations syndicales, dans de nombreux pays, comme un élément essentiel de l'amélioration et d'une efficacité accrue de la directive concernant le détachement de travailleurs. Cependant, notamment dans les pays où les partenaires sociaux jouent un rôle important dans la mise en œuvre et le suivi des normes du travail, il est important d'éviter que ces mesures n'interfèrent avec les systèmes nationaux de relations du travail.

Le texte complet de l'article 3.10 amendé par les propositions 6,7 et 8 serait libellé comme suit :

TEXTE DE LA DIRECTIVE 96/71/CE	AMENDEMENT (<i>en caractères gras et italiques</i>)
<p>Article 3.10</p> <p>10. La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres, dans le respect du traité, imposent aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres États, d'une façon égale :</p> <ul style="list-style-type: none"> - des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées au paragraphe 1 premier alinéa, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public ; - des conditions de travail et d'emploi fixées dans des conventions collectives ou sentences arbitrales au sens du paragraphe 8 et concernant des activités autres que celles visées à l'annexe. 	<p>Article 3.10</p> <p>10. La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres, ou, conformément aux pratiques dans les Etats membres les partenaires sociaux, imposent aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres États, d'une façon égale :</p> <ul style="list-style-type: none"> - des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées au paragraphe 1 premier alinéa, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre social et public, y compris les dispositions appropriées pour la réalisation de la protection des travailleurs, l'égalité de traitement, la prévention du dumping social ou la concurrence loyale. - (supprimé) - des conditions d'emploi au sujet des questions visées à l'article 3.1, ainsi que d'autres matières dans le cas des contrats publics, comme défini à l'article 1.2 (a) de la directive 2004/17/CE et à l'article 1.2 (a) de la directive 2004/18/CE.

Explication

Cet amendement oblige les États membres à étendre la protection des conventions collectives déclarées d'application générale à l'ensemble des travailleurs détachés, et non plus seulement aux travailleurs du bâtiment.

L'ANNEXE a la directive peut dès lors être supprimée, voir ci-dessous.

ANNEXE	<i>SUPPRESSION</i>
<p>Les activités visées à l'article 3 paragraphe 1 deuxième tiret englobent toutes les activités dans le domaine de la construction qui visent la réalisation, la remise en état, l'entretien, la modification ou l'élimination de constructions, et notamment les travaux suivants: (etc.)</p>	
<p>Article 5 – Mesures</p> <p>Les États membres prennent des mesures adéquates en cas de non-respect de la présente directive.</p> <p>Ils veillent en particulier à ce que les travailleurs et/ou leurs représentants disposent de procédures adéquates aux fins de l'exécution des obligations prévues par la présente directive.</p>	<p>Article 5 – Mesures</p> <p>1. Les États membres prennent des mesures adéquates en cas de non-respect de la présente directive. <i>Ils garantiront notamment que des sanctions efficaces, dissuasives et proportionnées à la gravité des infractions soient applicables en cas de non-respect des obligations qui découlent de la présente directive.</i></p> <p><i>Les États membres veilleront</i> en particulier à ce que les travailleurs <i>et</i> leurs représentants <i>désignés, comme défini par l'article 5b nouveau</i>, disposent de procédures adéquates aux fins de l'exécution des obligations prévues par la présente directive.</p> <p>2. <i>Chaque État membre prendra les mesures nécessaires pour garantir la responsabilité d'une entreprise qui confie la prestation de services à une autre entreprise, en plus et/ou à la place de l'employeur, au regard des obligations de cette entreprise, de tout sous-traitant ou de tout employeur de main-d'œuvre désigné par cette entreprise, au moins concernant le paiement :</i></p>

	<ul style="list-style-type: none"> - <i>du salaire</i> ; - <i>de tout préjudice causé par le non-respect des conditions d'emploi applicables</i> ; - <i>de toute sanction financière imposée au titre de l'article 5</i>.
--	--

Explication

- L'imposition de sanctions appropriées constitue un élément essentiel de la mise en œuvre. Le premier paragraphe amendé précise que les États membres doivent élaborer un système de sanctions approprié, efficace et dissuasif en cas de non-respect des obligations découlant de la directive.
- Le deuxième paragraphe amendé oblige les États membres à mettre en place un système de responsabilité solidaire en matière de salaires, préjudices et amendes.

Dans la mesure où un sous-traitant est dans l'impossibilité de recouvrer une créance, il doit être possible de la recouvrer auprès d'autres sous-traitants dans la chaîne de sous-traitance, jusqu'à et y compris l'entreprise principale.

Le bien-fondé de ce système a été reconnu par la CJE dans l'affaire Wolff & Müller²². Huit États membres ont jusqu'à présent mis en place un tel système de responsabilité, qui est considéré comme un exemple de bonne pratique²³.

Compte tenu des difficultés de recouvrement de créances en responsabilité solidaire dans le cas de la sous-traitance transfrontalière, il est essentiel d'accroître l'harmonisation en la matière dans toute l'Europe.

	Article 5a (nouveau) – Mise en œuvre
	<p>1. Les États membres d'accueil garantiront que des moyens de contrôle efficaces et adéquats seront mis en œuvre sur leur territoire afin d'assurer la légalité du détachement et l'observation des droits et obligations découlant de la présente directive.</p> <p>À cette fin, les pouvoirs publics dans l'État membre d'accueil et/ou les partenaires sociaux seront en droit d'exiger notamment :</p>

²² C-60/03.

²³ Voir COM (2006) 159, p.12 et la résolution du Parlement européen du 26 mars 2009 sur la responsabilité sociale des entreprises sous-traitantes dans les chaînes de production.

- *Une copie du formulaire E 101 ;*
 - *Une copie du contrat de travail ou un document établi conformément à la directive 91/533/CE ;*
 - *Des relevés des heures de travail ;*
 - *Des fiches de paie ;*
 - *Une évaluation des risques en matière de santé et de sécurité au travail, y compris les mesures protectrices appropriées, conformément à la directive 89/391/CE ;*
 - *Lorsque le travailleur détaché est un ressortissant d'un pays tiers, une copie du permis de travail et de séjour ;*
 - *Un représentant de l'entreprise détachant le travailleur, avec une adresse pour le traitement des documents dans l'État membre d'accueil.*
- 2. L'État membre d'accueil peut exiger que les documents mentionnés au paragraphe ci-dessus soient mis à la disposition, sans délai, des autorités nationales compétentes au cours de toute la durée de la prestation de services sur son territoire.**
- 3. L'État membre d'accueil peut exiger une notification préalable du détachement, complétée par des informations pertinentes concernant les salaires et les conditions d'emploi.**

Explication

- Article 5a nouveau premier alinéa

Le premier alinéa de ce nouvel article impose aux États membres l'obligation de suivre et de contrôler la mise en œuvre effective des droits et obligations découlant de la directive.

À cette fin, les autorités nationales doivent être en mesure de mener un certain nombre d'actions de contrôle. Le deuxième alinéa permet explicitement à l'État membre d'accueil

d'exiger qu'un certain nombre de documents clés soient disponibles pour inspection. La liste présentée dans ce paragraphe l'est à titre indicatif (« notamment ») :

- Des copies du formulaire E 101 et du contrat de travail – ou des documents équivalents conformément à la directive 91/533/CEE relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail – permettent à l'État membre d'accueil de s'assurer que le travailleur est habituellement et légalement employé dans un autre État membre, au sens de l'article 2 amendé (voir 3^e proposition : clarifier le champ d'application de la directive) et de vérifier l'application des règles obligatoires prévues à l'article 3.1 ;
 - Des relevés des heures de travail, des fiches de paie et une évaluation des risques en matière de sécurité sur le lieu de travail sont essentiels pour permettre à l'État membre d'accueil de vérifier l'application des règles obligatoires prévues à l'article 3.1 ;
 - Lorsque le travailleur détaché est un ressortissant d'un pays tiers, la copie des permis de travail et de séjour permettent à l'État membre d'accueil de vérifier la légalité de l'emploi dans le pays d'origine ;
 - La présence d'un représentant sur le territoire de l'État membre d'accueil qui peut assumer les responsabilités officielles du prestataire de services en tant qu'employeur est indispensable pour maintenir le contact avec l'administration nationale et les partenaires sociaux.
- Article 5a nouvel alinéa 2

L'État membre d'accueil doit pouvoir exiger la disponibilité des documents pour inspection tout au long de la durée du détachement.

- Article 5a nouvel alinéa 3

L'État membre d'accueil doit pouvoir exiger du prestataire de services qu'il notifie son intention d'utiliser des travailleurs détachés. Ce mécanisme de déclaration préalable permet d'éviter les abus et les fraudes.

	<i>Article 5b nouveau – Représentants désignés</i>
	<p><i>1. Les États membres garantiront que les personnes morales, les associations et les organisations, qui, conformément aux critères de leur législation nationale, ont un intérêt légitime à ce que les dispositions de la présente directive soient respectées, ainsi que les syndicats, peuvent engager, au nom ou à l'appui d'un travailleur, des poursuites judiciaires prévues au titre de la mise en œuvre de cette directive, que le travailleur détaché soit ou non partie au recours.</i></p>

2. Les États membres permettront aux représentants désignés qui portent plainte contre un employeur au nom d'un travailleur de ne pas divulguer l'identité et le lieu de résidence du plaignant.

Explication

La participation des travailleurs et de leurs représentants constitue un pilier essentiel de la mise en œuvre. Cet amendement vise à faciliter le dépôt de plaintes. La formulation est inspirée de la directive 2000/43/CE relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique et de la directive 2009/52/CE prévoyant des normes minimales concernant les sanctions et les mesures à l'encontre des employeurs de ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier.

**est ajouté à la fin du premier paragraphe : « que le travailleur détaché soit ou non partie au recours », car les syndicats doivent être en mesure d'agir sans le consentement du travailleur détaché, et même si celui-ci ne souhaite pas engager de poursuites. À cet égard, voir aussi l'arrêt de la Cour (deuxième chambre) du 10 juillet 2008. Arrêt C-54/07²⁴

²⁴ dans lequel la CJE juge que 'l'article 15 de la directive 2000/43 exige que, également lorsqu'il n'y a pas de victime identifiable, le régime des sanctions applicables aux violations des dispositions nationales adoptées pour transposer cette directive soit effectif, proportionné et dissuasif »

Annexe A

La directive concernant le détachement de travailleurs et les dispositions applicables du Traité UE sur la libre circulation

L'article 18 TFUE (ex-article 12 CE) établit le principe important selon lequel, dans le domaine d'application du traité, et sans préjudice des dispositions particulières qu'il prévoit, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité.

L'article 45 TFUE (ex-article 39 CE) porte sur la libre circulation des travailleurs, c'est-à-dire la liberté des personnes de se rendre dans un autre pays pour y travailler. L'article 39 s'applique aux travailleurs qui, en tant qu'individus, franchissent une frontière pour conclure un *contrat de travail avec un employeur dans un pays d'accueil*.

Le règlement 1612/68, qui met en œuvre les dispositions du traité, précise qu'un citoyen de l'UE a la liberté de circuler au sein de l'UE afin d'accéder à une activité salariée et de l'exercer sur le territoire d'un autre État membre, conformément à la réglementation nationale pertinente applicable aux travailleurs nationaux. Ce droit est reconnu indifféremment aux travailleurs (permanents, saisonniers, aux prestataires de services).

Le principe général qui régit la « libre circulation des travailleurs » est l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail, à savoir :

- L'égalité d'accès au marché du travail du pays d'accueil ;
- L'employeur dans le pays d'accueil ne peut défavoriser le travailleur sur la base de sa nationalité ;
- L'égalité d'accès à la sécurité sociale dans le pays d'accueil et un droit aux mêmes prestations.

L'article 49 TFUE (ex-article 43 CE) traite du « droit d'établissement ». Le principe général qui régit cette disposition est le suivant : les restrictions imposées à l'établissement d'un ressortissant d'un État membre dans un autre État membre sont interdites.

La liberté d'établissement comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice dans les conditions définies par la législation du pays d'établissement pour ses propres ressortissants (en d'autres mots : égalité de traitement entre les entreprises nationales et les entreprises d'un autre État membre, y compris les travailleurs indépendants et les prestataires de services).

L'article 56 TFUE (ex-article 49 CE) traite des « services ». Le principe général est le suivant : les restrictions imposées aux ressortissants établis dans un État membre pour fournir des services à un ressortissant d'un autre État membre sont interdites (en d'autres mots : il n'existe pas d'obligation de s'établir pour fournir des services).

L'article 57 TFUE (ex-article 50 CE) précise le cadre de l'exercice de cette liberté. Il définit le service comme une « activité » de caractère industriel ou commercial ou des activités artisanales et les activités des professions libérales (en d'autres mots : les personnes elles mêmes ne sont pas des services !).

Le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer à titre temporaire, son activité dans l'État membre où la prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que cet État impose à ses propres ressortissants (en d'autres mots : uniquement temporairement, si le prestataire exécute sa prestation de manière permanente, son établissement relève de l'article 43, toujours dans le contexte de l'égalité de traitement entre les entreprises / travailleurs indépendants).

L'article 61 TFUE (ex-article 54 CE) stipule que, aussi longtemps que les restrictions à la libre prestation des services ne sont pas supprimées, chacun des États membres les applique sans distinction de nationalité ou de résidence à tous les prestataires de services (ici encore : non-discrimination entre les prestataires de services nationaux ou étrangers).

Annexe B

La directive concernant le détachement de travailleurs, le droit international privé et la compétence judiciaire

Le règlement Rome I de 2008 (révisant la convention de Rome de 1980 dont les règles sont similaires²⁵) réglemente la loi applicable aux obligations contractuelles en cas d'éventuel conflit de lois (situations transfrontalières, lorsque plus d'un système juridique est potentiellement applicable).

Les règles relatives aux contrats de travail sont les suivantes :

- **L'article 8 :** Le principe général est celui du libre choix de la loi, c'est-à-dire que les parties au contrat *sont libres de choisir* quelle loi est applicable à leur contrat ;
- À défaut de choix exercé par les parties, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel (ou à partir duquel) le travailleur accomplit habituellement son travail ;
- Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays (parce que le travailleur est supposé avoir intérêt à conserver la stabilité et à maintenir la continuité de son contrat avec l'employeur) ;
- S'il n'existe pas de « lieu habituel de travail », parce que le travailleur accomplit son travail dans différents pays, sans que ses activités soient véritablement centralisées, c'est alors la loi du pays où l'employeur est établi qui est applicable ;
- NB correction 1) : si les parties « choisissent librement », ce choix ne peut toutefois avoir pour résultat de *priver le travailleur de la protection* que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé en vertu de la loi, qui, à défaut de choix, aurait été applicable.
- NB correction 2) : s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente *des liens plus étroits* avec un autre pays que celui visé plus haut, c'est la loi de cet autre pays qui s'applique.

En outre, le règlement Rome I comporte une disposition importante sur « les lois de police », qui prévaut sur les règles mentionnées plus haut :

L'article 9

- Une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé *crucial* par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, *sociale* ou économique ; Ces dispositions sont applicables à toute situation entrant dans leur champ d'application, *quelle que soit la loi applicable au contrat*.

²⁵ Le règlement 593/2008/CE doit remplacer la convention de Rome du 17 décembre 2009 en ce qui concerne les contrats conclus après cette date, à l'exception du Royaume-Uni et du Danemark, qui ont choisi de ne pas adopter cette révision et qui, par conséquent, demeurent soumis à la convention de Rome.

Selon le **règlement Bruxelles I concernant la compétence judiciaire**, si un travailleur souhaite engager une procédure judiciaire à l'encontre de son employeur, il peut le faire devant le tribunal de l'État membre où l'employeur est établi (« domicilié »), ou devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail, ou, en l'absence de lieu habituel de travail, devant le tribunal du lieu où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur.

La section 5 porte sur la compétence en matière de contrats individuels de travail.

La règle générale est la suivante :

L'article 19

Un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un État membre peut être attrait :

- 1) Devant les tribunaux de l'État membre où il a son domicile ;
- 2) Dans un autre État membre :
 - a. « devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail » (ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail) ;
 - b. lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, « devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur ».