



HAL
open science

Détachement : pour une approche unitaire à la mobilité du travail en Europe

Marco Rocca

► **To cite this version:**

Marco Rocca. Détachement : pour une approche unitaire à la mobilité du travail en Europe. Revue de droit du travail, 2021. hal-03502153

HAL Id: hal-03502153

<https://hal.science/hal-03502153>

Submitted on 17 Jan 2022

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Détachement : pour une approche unitaire à la mobilité du travail en Europe

Marco Rocca*

Le récent ouvrage d'Ayelet Shachar sur la « frontière mouvante » (*The shifting border: Legal cartographies of migration and mobility*) nous invite à repenser le concept même de frontière, dont l'aspect juridique est de plus en plus disjoint de la notion géographique. Cette vision est particulièrement adaptée au phénomène des travailleurs détachés dans l'Union européenne (UE). Ces derniers travaillent dans un Etat membre, mais leurs conditions de travail sont régies, sauf pour une liste fermée de conditions applicables, par le droit de leur pays d'origine. Quant à leur sécurité sociale, sauf pour des détachements supérieurs à 24 mois, elle reste assurée par le système du pays d'origine. Ces travailleurs et travailleuses ont franchi une frontière géographique, mais la frontière juridique les suit pour pénétrer dans le territoire des Etats d'accueil.

D'après les statistiques les plus récentes, basées sur les certificats A1 octroyés en 2018, le détachement concerne un nombre de travailleurs (environ 1,8 million) bien inférieur à celui des travailleurs mobiles « classiques », c'est-à-dire ceux et celles qui se déplacent dans le cadre de la libre circulation des travailleurs (environ 17 millions). Cependant, la place occupée par ces deux phénomènes dans le débat politique européen est essentiellement inversée. Si la libre circulation des travailleurs fait l'objet d'une large acceptation dans l'UE, les questions liées au détachement des travailleurs restent particulièrement conflictuelles au sein du débat politique européen. À deux reprises, les parlements nationaux ont eu recours à la procédure du « carton jaune », prévue par le Protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité mais rarement utilisée, pour manifester leur opposition à une nouvelle législation concernant, pour tout ou en partie, le détachement des travailleurs, à savoir la proposition de règlement dite « Monti II » et la révision de la directive détachement de 2018. Encore, lors de sa *troisième* réunion, la Single Market Enforcement Task-Force, créée en avril 2020, avait déjà les « obstacles au détachement » à l'ordre du jour.

La bonne nouvelle pour les juristes c'est qu'une partie importante de ce paradoxe s'explique par le traitement différent réservé par le droit à ces deux situations. Ainsi le droit peut, dans ce domaine, exercer une réelle fonction transformatrice de la réalité.

La mobilité des travailleurs dans le cadre de la libre circulation des travailleurs est caractérisée par l'application du principe d'égalité de traitement : lorsqu'il s'agit notamment des conditions de travail, les travailleurs mobiles ne peuvent être traités différemment des travailleurs nationaux. En revanche, comme déjà mentionné, le détachement des travailleurs a été développé comme une zone d'exception par rapport à ce principe. Cela a fait naître des craintes concernant les risques de concurrence déloyale et de nivellement par le bas dans le domaine du travail et des droits sociaux.

La première vague du débat sur le détachement des travailleurs dans l'Union européenne, dans les années '90, avait donné naissance la directive détachement originaire (Directive 96/71). La deuxième, qui a suivi les perturbantes décisions *Laval* (ainsi que *Rüffert* et *Commission c Luxembourg*),

*CNRS Researcher, University of Strasbourg, UMR 7354 DRES, mrocca@unistra.fr, <https://marcorocca.wordpress.com/>.

avait amené à l'adoption de la directive d'exécution (Directive 2014/67). La troisième vient de s'achever, avec les décisions de la Cour de Justice qui ont rejeté les actions annulation introduites par les gouvernements polonais et hongrois contre la réforme de la directive détachement (Affaires C-620/18 et C-626/18). Ainsi, le moment est propice pour reprendre une réflexion profonde visant l'entière construction juridique du détachement.

Dans ce texte j'explorerai l'origine, quelque peu aléatoire, de la bifurcation de l'encadrement juridique de la mobilité du travail (I), pour ensuite considérer l'option alternative d'une approche unitaire (II), ainsi qu'une des critiques souvent dressées à l'encontre de cette option (III).

I. – L'invention d'une base juridique pour la circulation de travailleurs

Même si elle est souvent considérée comme étant à l'origine de la directive détachement, la décision de la Cour de justice dans l'affaire *Rush Portuguesa* (Affaire C-626/18) ne portait pas sur les conditions de travail des travailleurs détachés. Cette décision concernait le droit d'*accès* de ces travailleurs au territoire français en l'absence d'un permis de travail. Il est important de noter que l'affaire concernait une situation relevant des dispositions transitoires prévues dans l'Acte d'adhésion qui excluaient temporairement les travailleurs portugais de la libre circulation des travailleurs. Ainsi, la Cour de justice, afin de confirmer le droit de l'entreprise portugaise à fournir des services en France, n'a pas eu d'autre choix que d'inclure ces travailleurs dans la libre prestation de services. Le rattachement de la pratique du détachement à la libre prestation de services trouve son origine dans une vision centrée sur le droit de l'entreprise prestataire de services d'*accéder* avec « ses » travailleurs au territoire de l'Etat membre où la prestation doit avoir lieu.

Ces décisions ont créé et nourri le statu quo, que l'on retrouve souvent dans le droit européen lorsqu'un domaine est caractérisé par des conflits d'intérêt entre les Etats membres. Cette inertie a ensuite été renforcée par le fait que l'adoption de la directive détachement sur la base juridique de la libre prestation de services permettait de contourner le veto du Royaume-Uni en raison de règles de majorité différentes. Ainsi, ces situations contingentes ont eu un impact disproportionné sur le choix de la base juridique du détachement des travailleurs, amenant un droit conçu pour garantir la mobilité des entreprises à être utilisé pour régler les conditions de travail des travailleurs mobiles.

C'est précisément la difficulté de concilier le fondement nouvellement inventé de la circulation des travailleurs avec le cadre juridique préexistant qui a amené la Cour à recourir à une fiction juridique alambiquée. Dans l'affaire *Rush Portuguesa*, la Cour a notamment considéré que la spécificité des travailleurs détachés doit se retrouver dans le fait qu'ils n'accèdent « à aucun moment au marché de l'emploi de l'Etat membre d'accueil » (§15). Cette fiction semble difficilement tenable si l'on considère, par exemple, que les travailleurs détachés constituent environ le 20% de la main d'œuvre dans le secteur de la construction en Belgique ou en Autriche.

II. – Conditions et perspectives d'une approche unitaire de la mobilité du travail

Avant d'entamer cette deuxième étape, je tiens à souligner que l'objectif de celle-ci n'est pas de démontrer comme l'interprétation des traités *impose* une base légale différente. Plutôt, il s'agit de remarquer que la construction juridique mise en place jusqu'à présent peut être déconstruite et qu'une construction différente, plus respectueuse de la conception originare de la mobilité du travail en Europe et, finalement, plus solide pour la construction européenne, est possible.

L'étude de l'origine de la base juridique du détachement invite à réfléchir sur sa relation avec celle qui est la base juridique générale pour la mobilité du travail dans l'Union : la libre circulation des travailleurs. Ce faisant, il est possible de repérer les traces d'une vision originelle qui considérerait les travailleurs détachés comme relevant de cette liberté. Notamment, on peut se référer au considérant n° 5 du règlement n° 492/2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union qui affirme encore aujourd'hui que l'exercice de la libre circulation « devrait être reconnu indifféremment aux travailleurs 'permanents', saisonniers, frontaliers *ou qui exercent leur activité à l'occasion d'une prestation de services* ».

A son tour, l'avocat général Van Gerven soulignait, dans ses conclusions dans l'affaire *Rush Portuguesa* susmentionné, « l'applicabilité (temporairement) incomplète de la libre circulation des travailleurs (portugais) » (§16), indiquant ainsi que les travailleurs détachés auraient dû relever normalement du champ d'application de la libre circulation des travailleurs. Celle-ci, rappelons-le, n'était pas applicable à l'époque aux travailleurs portugais.

Ces traces permettent d'envisager une scission entre les deux aspects du détachement. D'une part, les aspects qui relèvent de la libre prestation de services, comme le droit d'« envoyer » leurs travailleurs pour effectuer ledit service, qui implique l'interdiction pour l'État d'accueil de refuser l'accès à son territoire à ces travailleurs. D'autre part, la réglementation des conditions d'emploi et de la sécurité sociale de ces travailleurs, qui relève de la libre circulation des travailleurs.

La conséquence la plus importante de ce changement de perspective est l'application du principe d'égalité de traitement aux travailleurs détachés. Ce principe, inscrit dans le droit primaire de l'UE (Article 45 TFUE), garantit le droit des travailleurs de tout État membre de ne pas être traités différemment des travailleurs nationaux en raison de leur nationalité en ce qui concerne les conditions d'emploi et de travail. Ce principe est également inscrit dans d'autres ordres juridiques internationaux, comme par exemple la Charte sociale européenne (Article 19). D'ailleurs, le Comité européen des droits sociaux a condamné, dans une décision de 2013 (Réclamation No 85/2012), l'exclusion des travailleurs détachés de ce principe, imposée par le cadre juridique de l'UE.

La réforme de la directive détachement de 2018 a partiellement amélioré cette situation. En remplaçant le concept de « taux de salaire minimal » par celui plus englobant de « rémunération » cette réforme constitue sans doute un pas vers l'égalité de traitement des travailleurs détachés pour ce qui concerne les conditions de travail. Ainsi, le changement de perspective préconisé ici ne constituerait qu'un pas supplémentaire sur ce chemin, en permettant aux entreprises concernées d'adapter leurs pratiques de façon graduelle.

Ce changement aurait aussi un impact sur les aspects collectifs et sur l'application de la directive détachement dans les systèmes où l'accord collectif d'entreprise joue un rôle majeur. La décision de la Cour de justice dans l'affaire *Laval* implique que tenter de conclure une convention collective d'entreprise, dans le pays d'accueil, avec l'employeur détachant peut constituer une restriction injustifiée de la libre prestation de services. L'égalité de traitement, en revanche, entraîne aussi l'égalité dans l'accès aux bénéfices de la négociation collective, ce qui pourrait permettre de modifier cette jurisprudence sans passer par une (improbable) révision des Traités.

III. – Egalité et protectionnisme (et comment les distinguer)

Lorsque l'on explore cette nouvelle perspective, il est aussi important de considérer un argument souvent invoqué par les opposants de l'application de l'égalité de traitement aux travailleurs détachés, notamment celui qui voit l'égalité comme une forme de « protectionnisme » : à travers l'égalité de traitement, les Etats membres de l'UE des 14, auraient pour objectif de protéger leur

marché local contre la concurrence des entreprises établies dans l'UE des 13. Cependant, cet argument se heurte à deux obstacles importants, de nature à la fois juridique et pratique.

Du point de vue juridique, l'affirmation de l'existence d'un *droit* à la concurrence salariale vers le bas, qui ferait partie des libertés du marché intérieur, est démenti par le fondement même de la politique sociale européenne, qui vise l'« égalisation dans le progrès » des conditions de travail et de vie (Article 151 TFUE). Ceci a été désormais confirmé par la Cour de justice elle-même, qui a explicitement affirmé, dans les décisions refusant l'annulation de la réforme de la directive détachement, que le droit de l'Union ne s'oppose pas à une réglementation qui a pour objectif d'interdire de tirer un avantage concurrentiel des différences salariales dans le cadre des prestations de services transnationales. Un écho de « le travail n'est pas une marchandise » se fait presque entendre même dans les couloirs la Cour de justice.

A ça on peut aussi ajouter une référence à l'ordre juridique qui, par définition, s'intéresse aux mesures protectionnistes : l'Organisation Mondiale du Commerce (OMC). Cette organisation inclut le principe du « traitement national » parmi les principes fondamentaux de l'Accord général sur le commerce des services (Article 17). Le glossaire de l'OMC définit ce concept comme le « principe qui fait obligation à un pays d'accorder aux autres le même traitement qu'à ses propres ressortissants ». Ce principe n'est pas d'application obligatoire, mais sa consécration renforce la conclusion que l'égalité de traitement est une des modalités possibles d'*assurer* la liberté du commerce.

Du point de vue pratique, la vision simplifiée d'un conflit entre UE des 14 et UE des 13 oublie la réalité des pratiques commerciales. En effet, les avantages de la concurrence salariale sont souvent captés par les entreprises *de l'UE des 14*, qui ont recours à la sous-traitance pour contourner la réglementation du travail qui leur serait applicable dans l'état d'établissement. L'illustration parfaite de cette situation se trouve l'affaire *Dobersberger* (Affaire C-16/18), où une entreprise autrichienne avait obtenu un contrat de service qu'elle avait ensuite sous-traité à une entreprise hongroise qui, à son tour, allait exécuter le service par l'intermédiaire de travailleurs détachés en Autriche. Cependant, l'entreprise hongroise en question était entièrement détenue par l'entreprise autrichienne, de sorte que tous les bénéfices de l'opération revenaient en Autriche. Bien entendu, une partie de ces bénéfices était aussi capturée par les clients de l'entreprise, eux aussi, en Autriche. Ainsi, l'application du principe d'égalité de traitement dans le domaine du détachement devrait être conçue non pas comme un conflit entre États membres, mais comme un outil permettant d'assurer une répartition plus équitable des bénéfices des activités économiques entre les entreprises et les travailleurs en Europe.