

**LE DÉPASSEMENT DE LA QUESTION
DU DUMPING SOCIAL : UNE CONDITION
NÉCESSAIRE À UNE MEILLEURE
APPLICATION DE LA DIRECTIVE
DÉTACHEMENT**

Alexandre DEFOSSEZ,
Docteur en Droit (ULg)

INHOUD

Introduction	95
I. Dumping social : un moteur à l'adoption de la directive sur le détachement	100
A. Le noyau dur : technique de lutte contre le dumping social	101
1. L'arrêt Rush Portuguesa : le péché originel de la Cour de justice	101
2. La directive détachement : la place prépondérante du droit du pays de destination	103
B. La directive détachement : une directive en rupture avec son environnement juridique immédiat	106
1. Une directive en rupture avec le « quasi-principe » du pays d'origine	106
2. Une directive en rupture avec la logique de la réglementation relative à la sécurité sociale des travailleurs migrants	109
3. Une directive en rupture avec le droit international privé européen	111
II. Dumping social : un frein à la bonne application de la directive détachement	113
A. Le dumping social : source de tension avec la construction du marché intérieur	114
1. Les arrêts Laval et Rüffert : l'interprétation stricte du véhicule juridique, support du noyau dur	114
2. L'arrêt Commission/Luxembourg : l'interprétation stricte du contenu du noyau dur, un plafond inextensible de droits	117
B. Le dépassement du dumping social : la recherche d'un équilibre entre les piliers économique et social	121
1. Les sociétés boîte aux lettres : la piste de l'abus de droit	123
2. Le travailleur détaché : un travailleur temporairement éloigné de son lieu de travail habituel	128
Conclusions	130

Dans le cadre de la construction de l'Union européenne, le « dumping social » est une crainte ancienne. Ce risque, que l'on peut définir comme l'exploitation des divergences sociales qui existent entre les systèmes sociaux des différents États membres a, par exemple, poussé à l'adoption de la directive sur le détachement des travailleurs. Cette législation, fondée sur l'application du droit du pays de destination des travailleurs pose malgré tout quelques problèmes de coordination avec d'autres règles de droit de l'Union européenne. En particulier, une tension existe entre la directive et les règles de libre circulation. L'objectif de lutte contre le dumping social de la directive pose donc question. Ces tensions ont ressurgi dans le cadre de plusieurs affaires soumises à la Cour de justice de l'Union européenne. Afin de résoudre ces tensions, le problème du détachement de travailleurs ne devrait plus être systématiquement lié à la question du « dumping social ». La récente proposition de directive relative à l'exécution de la directive détachement fait quelques pas encourageants en ce sens.

Bij de opbouw van de Europese Unie is men van oudsher bevreesd geweest voor zogenaamde « sociale dumping ». Het gevaar bestaat dat de verschillen in sociale bescherming in de onderscheiden lidstaten worden gebruikt of veeleer misbruikt met het oog op een goedkopere tewerkstelling. Om hierop een antwoord te bieden, heeft Europa de detachingsrichtlijn uitgevaardigd. Deze wetgeving gaat uit van de toepassing van het recht van het land van bestemming. Deze richtlijn zorgt echter voor een aantal problemen van coördinatie met andere regels van de Europese Unie. Meer in het bijzonder is er een spanningsveld tussen de detachingsrichtlijn en de principes betreffende het vrij verkeer van personen. De strijd tegen de sociale dumping die het belangrijkste oogmerk is van de detachingsrichtlijn, roept een aantal vragen op. Die spanningen zijn duidelijk aan de oppervlakte gekomen in meerdere zaken die werden voorgelegd aan het Europees Hof van Justitie. Om hieruit te geraken, zou het probleem van de detachering van werknemers niet systematisch mogen worden gekoppeld aan de kwestie van de « sociale dumping ». Het recente voorstel van richtlijn in uitvoering van de detachingsrichtlijn gaat op dat punt alvast in de goede richting.

INTRODUCTION

La dénonciation du risque de « dumping social » que fait courir le processus d'intégration économique européen aux systèmes sociaux des États membres apparaît, en filigrane, tout au long de l'histoire de l'édification du marché intérieur. De 1957⁽¹⁾ à 2013⁽²⁾, les accusations ponctuelles ou récurrentes de « dumping social », émises à l'encontre de tel ou tel État, font florès. Ce risque fait donc, à intervalles réguliers, irruption dans le débat médiatique, politique et juridique entourant la construction européenne. Il a également fait une entrée remarquable dans la doctrine⁽³⁾ et la jurisprudence : la Cour de justice de l'Union européenne (C.J.U.E.) a reconnu à la lutte contre le dumping social le statut d'objectif légitime permettant aux États membres de justifier certaines entraves à la libre circulation⁽⁴⁾.

L'expression « dumping social » est donc employée dans une grande variété de contextes et par une grande variété d'acteurs, ce qui n'en facilite pas la compréhension. Ainsi, si elle connaît un succès médiatique qui ne se dément pas, la notion de « dumping social » souffre d'un défaut, rédhibitoire lorsqu'elle est employée dans un contexte scientifique : elle n'est que rarement définie⁽⁵⁾. Or, établir une telle définition est une tâche difficile : pour paraphraser J. Alber et G. Standing⁽⁶⁾, c'est parce qu'il est protéiforme que le dumping social est particulièrement complexe à définir. Non seulement ses causes profondes sont plus complexes à cerner qu'il n'y paraît mais il met de plus en cause une multiplicité d'acteurs.

(1) Voir International Labour Organisation, *Social Aspects of European Economic Co-operation. Report by a Group of Experts, Studies and Reports, New Series n° 46*, Genève, 1956 et *ILR*, 1956, pp. 99-123 (version résumée) dit « Rapport Ohlin » et le Comité intergouvernemental créé par la conférence de Messine, *Rapport des chefs de délégation aux ministres des affaires étrangères*, Bruxelles, 21 avril 1956 dit « Rapport Spaak ».

(2) L'Allemagne est actuellement la cible d'accusations, notamment en raison de l'absence de salaire minimal légal et de sa politique de modération salariale. Voir J. CREEL et J. LE CACHEUX, « La nouvelle désinflation compétitive européenne », *Revue de l'OFCE*, 2006/3, n° 98, pp. 7-36.

(3) Par exemple, J. CREMERS, J.E. DØLVIK et G. BOSCH, « Posting of Workers in the Single Market: Attempts to Prevent Social Dumping and Regime Competition in the EU », *I.R.J.*, 2007, pp. 524-541.

(4) Voir ainsi C.J.C.E., arrêt du 18 décembre 2007, C-341/05, *Laval*, *Rec. p.* I-11767, point 103. Formellement, la première utilisation de ce concept en droit européen remonte au début des années 70 (Conclusions de l'Avocat général DUTHELLET DE LAMOTHE, sous C.J.C.E., Arrêt du 25 mai 1971, *Gabrielle Defrenne I*, 80/70, *Rec. p.* 456 note G. LYON-CAEN, *R.T.D.E.*, 1972, n° 1, pp. 110-112).

(5) Voir, la Charte EURES, *J.O.*, C 311 du 16 nov. 2010, pp. 6-14, le Règlement (C.E.) n° 1370/2007 du Parlement européen et du Conseil du 23 octobre 2007 relatif aux services publics de transport de voyageurs par chemin de fer et par route, et abrogeant les règlements (C.E.E.) n° 1191/69 et (C.E.E.) n° 1107/70 du Conseil, *J.O.*, L 315 du 3 décembre 2007, pp. 1-13, considérant n° 17 et Résolution du Conseil, du 6 décembre 1994, sur certaines perspectives d'une politique sociale de l'Union européenne: contribution à la convergence économique et sociale de l'Union, *J.O.*, C 368 du 23 décembre 1994, pp. 6-10, au § 10.

(6) J. ALBER et G. STANDING, "Social dumping, catch-up or convergence? Europe in a comparative global context", *J.E.S.P.*, 2000, pp. 99-119 et plus spéc. pp. 99-100.

Une première constatation s'impose : les coûts de la main d'œuvre en Europe sont extrêmement variables. Les chiffres suivants, disponibles sur le site Eurostat, sur le coût horaire moyen de la main d'œuvre le démontrent :

	2009	2010	2011	2012
Belgique	34,2	35,3	36,3	37,2
Bulgarie	2,9	3,2	3,4	3,7
Allemagne	28,6	28,8	29,6	30,4
France	31,6	32,5	33,6	34,2
Pologne	6,6	7,2	7,3	7,4
Roumanie	4	4,1	4,2	4,4
Royaume-Uni	18,8	20	20,1	21,6

On comprend que le débat autour du dumping social se cristallise le plus souvent autour de la question des divergences de salaires entre États membres⁽⁷⁾. Toutefois, la comparaison de ces chiffres bruts doit s'inscrire, sous peine de surévaluation, dans un cadre économique plus général. Ainsi, il faut impérativement tenir compte de la notion de productivité⁽⁸⁾ : la prise en compte des différences de productivité entre États contribue à relativiser l'avantage que tirent plusieurs pays de leur faible niveau de coût du travail⁽⁹⁾. En pratique, c'est la notion de « coût unitaire de la main d'œuvre » qui permet de traduire les relations qu'entretiennent productivité et coûts du travail. La comparaison de ce coût unitaire permet de relativiser l'attrait que peut exercer, pour une entreprise, l'établissement dans un pays à faible coût salarial. Dès lors, les différences de salaires ne sont pas suffisantes pour mesurer la probabilité du développement de stratégies de dumping social : c'est seulement en alliant un bas niveau de salaire à une productivité relativement élevée qu'un pays à bas coût devient, *ceteris paribus*, plus « attractif » qu'un État à coûts élevés⁽¹⁰⁾. Dans le même ordre d'idées, la

(7) Le salaire ne constitue qu'une fraction du coût total supporté par l'employeur. Il faut en effet ajouter à ce coût direct (salaire, traitement en espèces et en nature) l'ensemble des prélèvements sociaux obligatoires à sa charge comme la contribution à la sécurité sociale ou les frais de formation. Par exemple, la Hongrie a longtemps été considérée comme le moins « attractif » des pays de l'Est, avec des niveaux de prélèvements atteignant 37,8% du coût total (en 1996), un taux considéré comme élevé (D. VAUGHAN-WHITEHEAD, *EU Enlargement Versus Social Europe?: The Uncertain Future of the European Social Model*, Northampton, Edward Elgar, 2003, pp. 334-335).

(8) La productivité du travail est définie comme la quantité de valeur produite par unité de temps et est généralement calculée en divisant le PIB par le nombre total d'heures travaillées (Voir C. ERICKSON et S. KURUVILLA, « Labor cost and the social dumping debate in the European union », *Indus. & Lab. Rel. Rev.*, 1994, p. 33 et s.).

(9) S. DEAKIN, « Labour Market as Market regulation: the Economic Foundations of European Social policy », in P. DAVIES, A. LYON-CAEN, S. SCIARRA et S. SIMITIS (eds.), *European Community labour law: principles and perspectives. Liber amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, Clarendon, 1996, p. 66 donne ainsi l'exemple de la Grande Bretagne et de la RFA des années 80. Bien que le salaire anglais était à 77% de la moyenne européenne et le salaire allemand à 122%, les différences de productivité entre ces deux pays rendaient en pratique le Royaume-Uni plus cher que l'Allemagne.

(10) Ainsi G. CAIRE définit le dumping social comme « le recours à des conditions de travail et à des normes sociales inférieures aux niveaux que la productivité de l'économie pourrait normalement justifier et ceci dans le but d'augmenter les parts de marché et d'améliorer la compétitivité » (G. CAIRE, « Construction européenne et relations industrielles », *Revue d'économie industrielle*, 1994, Vol. 68, n° 68, pp. 61-79 et plus spéc. pp. 73-74). La difficulté est alors de définir ce qu'est un niveau « nor-

comparaison des coûts salariaux ne permet pas de comprendre le développement de stratégies de dumping social entre pays économiquement similaires. En effet, au seul critère du salaire, ces pays ont, globalement, un coût du travail comparable.

Afin d'expliquer ce « paradoxe », il faut constater, avec M.-A. Moreau, que l'existence d'un risque de dumping social n'est pas une question de développement sociale « en soi »⁽¹¹⁾ : il ne suffit pas d'observer qu'un État a un niveau de protection sociale inférieur pour conclure à l'existence d'un risque de dumping social. Il faut que ces différences soient exploitées pour en tirer un gain dans la concurrence économique avant de conclure au déploiement d'une stratégie de dumping social. Or, cette recherche de compétitivité n'existe pas uniquement dans la concurrence que se mènent pays « riches » et pays « pauvres ».

Outre les difficultés d'identification des causes du déploiement des stratégies de dumping social, c'est également la multiplicité d'acteurs impliqués dans ces stratégies qui frappe l'observateur. A. Lyon-Caen relève ainsi comment le dumping social concerne tout à la fois des stratégies menées au niveau micro-économique (les décisions de minimisation des coûts sociaux par les entreprises) que macro-économiques (les politiques étatiques de réduction des droits sociaux afin de créer un climat favorable aux entreprises)⁽¹²⁾. Les acteurs du dumping social sont donc traditionnellement les États⁽¹³⁾ qui chercheraient à attirer les investisseurs en menant des politiques de réduction des droits sociaux⁽¹⁴⁾. Les stratégies entrepreneuriales doivent cependant également retenir l'attention : les entreprises peuvent en effet chercher à tirer le meilleur profit des écarts de niveau de développement social qui préexistent entre certains États.

À cet égard, la question du dumping social prend un relief particulier dans le cadre de la construction européenne. Un lien existe entre politiques de libéralisation, concurrence normative et risque de dumping social. Celui-ci est établi, dès 1919⁽¹⁵⁾, par la Constitution de l'OIT qui affirme que « la non-adoption par une nation quelconque

mal » de développement social en tenant compte du niveau de productivité. Le risque est de considérer que le niveau de développement social des pays occidentaux constitue une norme universelle (M. BERNACIAK, « Social dumping: political catchphrase or threat to labour standards? », *ETUI Working Paper*, 2012, n° 6, pp. 19 et s.)

- (11) M.-A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation*, Paris, Dalloz, 2006, p. 66.
- (12) A. LYON-CAEN, « Les conditions de travail face au dumping social dans le contexte international et européen », Commission européenne, *Social papers*, 1993. Dans le même ordre d'idées, M. BERNACIAK, *op. cit.*, p. 25 relève que le dumping social est une stratégie qui est « prompted by companies but indirectly involves their employees and/or home and host country governments, and has negative implications in the social sphere ».
- (13) Outre les États au sens strict, les institutions de l'Union n'échappent pas non plus à ces accusations. La politique menée par l'UE dans certaines régions défavorisées, via le fonds social européen, a également été à l'occasion dénoncée comme favorisant les délocalisations compétitives (Voir, par exemple, Question n° 61 de Jonas SJÖSTEDT (H-0518/04), Aide à la délocalisation de la production industrielle (de la Suède vers la Pologne), Réponse jointe donnée par Ms HÜBNER, E-0237/08, E-0343/08, P-0388/08, 18 mars 2008).
- (14) Ainsi, le dumping social est parfois défini comme la stratégie des États qui, par la création d'un environnement favorable, cherchent à attirer des investissements internationaux (J.-M. CARDEBAT, *La mondialisation et l'emploi*, Paris, La découverte, 2002, p. 50).
- (15) Le premier emploi de l'expression 'dumping social' remonterait au début des années 20. Voir L. DUBIN, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, *op. cit.*, p. 102 et D. CARREAU et P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 4^e éd., 2010, p. 375.

d'un régime de travail réellement humain fait obstacle aux efforts des autres nations désireuses d'améliorer le sort des travailleurs dans leurs propres pays »⁽¹⁶⁾, reconnaissant ainsi la « portée concurrentielle »⁽¹⁷⁾ des normes sociales. Dès lors, comme l'a bien montré H. Muir-Watt, la question de la concurrence législative entre États s'inscrit dans deux cadres théoriques distincts mais liés : celui de la décentralisation des compétences dans les systèmes fédéraux et de l'impact des politiques de libéralisation des échanges économiques⁽¹⁸⁾.

L'organisation décentralisée des compétences dans un système fédéral laisse en effet ouverte la possibilité aux différentes entités fédérées, en l'absence de cadre normatif commun, de se lancer dans une concurrence dans la production de normes juridiques afin d'attirer des entreprises sur leur territoire. Le danger, relevé rapidement dans la littérature, est que cette concurrence entre États les pousse à adopter des normes sociales peu protectrices, donc « déloyales »⁽¹⁹⁾. L'effet de cette concurrence serait d'autant plus ravageur en droit social que le travailleur, partie faible, n'aurait pas de choix lors des négociations de ses conditions de travail. Celles-ci s'apparentent à un « c'est à prendre ou à laisser »⁽²⁰⁾. Ce faisant, le droit social serait la cible idéale pour le déploiement de stratégies de course au moins-disant, puisque les destinataires de la norme n'ont pas la possibilité d'échapper à l'application de celui-ci (contrairement aux entreprises qui auraient toujours la possibilité d'exercer leurs activités sous des cieus plus cléments)⁽²¹⁾.

L'autre facteur aggravant du dumping social est la libéralisation accélérée des échanges économiques : « la porosité croissante des frontières nées de la libéralisation des échanges (...) induit une conception renouvelée, d'ordre concurrentiel, des rapports entre législateurs nationaux »⁽²²⁾. Financiarisation de l'économie, division inter-

(16) Préambule de la Partie XIII du Traité établissant les conditions de paix pour l'Allemagne, signé à Versailles le 28 juin 1919.

(17) Voir L. DUBIN, *La protection des normes sociales dans les échanges internationaux*, op. cit., p. 25.

(18) Voir la remarquable étude de H. MUIR-WATT, *Aspects économiques du droit international privé : (réflexions sur l'impact de la globalisation économique sur les fondements des conflits de lois et de juridictions)*, R.C.A.D.I., Vol. 307, 2004, pp. 29-383.

(19) Voir toutefois, les travaux fondateurs, plutôt positifs sur l'effet de la concurrence régulatoire, de C. TIEBOUT, « A Pure Theory of Local Expenditures », *Journal of Polit. Econ.*, 1956, pp. 416-424 et F. VON HAYEK, « The economic conditions of Interstate Federalism ». Publié à l'origine dans *New Commonwealth Quarterly*, V, N° 2, pp. 131-149 et reproduit dans l'ouvrage *Individualism and economic order*, University of Chicago Press, Chicago and London, 1980, pp. 255-272, F. VON HAYEK, « Competition as a discovery procedure », *The Quarterly Journal of Austrian Economics*, 2002, Vol. 5, N° 3, pp. 9-23.

(20) Voir K. STONE, « Four approaches to Transnational Labour regulation », in W. BRATTON, J. MCCAHERY, S. PICCIOTTO et C. SCOTT, *International regulatory competition and coordination. Perspectives on Economic Regulation in Europe and the United States*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 450-451 et, dans le même sens, B. A. LANGUILLE, « General Reflections on the Relationship of Trade and Labor », in J. BHAGWATI et R. HUDEC, *Fair Trade and harmonization: Prerequisites for Free Trade - Vol. 2*, Cambridge, MIT Press, 1996, pp. 254 et s.

(21) L'on dira, pour reprendre la typologie de HIRSCHMAN que, pour les travailleurs, la stratégie de l'*exit* est exclue (A. HIRSCHMAN, *Exit, Voice, and Loyalty: Responses to Decline in Firms, Organizations, and States*, Cambridge (MA), Harvard University Press, 1970).

(22) H. MUIR-WATT, op. cit., p. 45. Dans le même sens, M. RIGAUX, *Droit du travail ou droit de la concurrence sociale ?*, Bruxelles, Bruylant, 2009, selon lequel la liberté de concurrence sociale est un « droit dérivé » des libertés du marché (p. 151) et qui considère la libéralisation comme une menace « existentielle » pour le droit social (p. 117).

nationale du travail, émancipation des acteurs économiques des contraintes liées à la territorialité⁽²³⁾ : le libre-échange a, indubitablement, connu une accélération sensible ces dernières années⁽²⁴⁾. Le droit européen constitue indubitablement un puissant levier de libéralisation des échanges entre les États membres. Par son effet de fluidification des échanges, le droit européen encourage, ou à tout le moins facilite, le développement de stratégies destinées à exploiter les « avantages comparatifs » des États.

Cette tension entre le libre-échange et le risque de dumping social a un impact direct sur la manière dont l'homme politique et le juriste sont appelés à appréhender cette question : elle n'est en effet pas neutre. Ainsi, si l'on se tourne, brièvement, vers les débats politiques menés au niveau mondial au sujet du dumping social, ceux-ci traduisent les tensions entre pays riches et pays pauvres. Les seconds accusent les premiers de pratiquer une forme de protectionnisme larvé sous couvert d'une volonté de protection sociale⁽²⁵⁾ tandis que les premiers accusent les seconds de profiter de conditions de travail inacceptables afin de leur mener une concurrence déloyale. Loin de se cantonner à un débat entre pays riches et pays pauvres, ces débats provoquent également des lignes de fracture entre pays riches eux-mêmes : tous ne partagent en effet pas la même vision sur le lien entre dumping social et accroissement des processus de libéralisation⁽²⁶⁾.

Ces lignes de fracture ne sont pas propres au débat mené au sein des enceintes internationales. Au contraire, elles se retrouvent pleinement au sein de l'Union. Ainsi, pour ne prendre qu'un seul exemple très significatif, dans l'affaire *Laval*, sur laquelle l'on reviendra, les anciens et les nouveaux⁽²⁷⁾ États membres ont adopté des positions radicalement opposées sur les questions préjudicielles soumises à la Cour de justice. Dans ces affaires, les « nouveaux » États membres défendaient une vision extensive des libertés, tandis que les « anciens » défendaient, pour la plupart, une position de non-empiètement des libertés sur les droits des travailleurs⁽²⁸⁾. Des divisions existent parmi et à l'intérieur des anciens États : ainsi, le Royaume-Uni est traditionnellement plus attaché à la stricte application des règles du libre-échange et, au sein même des États, les positions divergent quant à l'intérêt d'une emprise accrue des libertés de circulation sur les systèmes sociaux nationaux selon les groupes d'intérêts en cause⁽²⁹⁾.

(23) M.-A. MOREAU, « Mondialisation et justice : les enjeux théoriques des conflits sociaux transnationaux », in M.-A. MOREAU, H. MUIR-WATT et P. RODIÈRE (sous la direct. de), *Justice et mondialisation en Droit du travail*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 3-14.

(24) Il faut attendre le début des années 1980 pour que le niveau des échanges mondiaux atteigne celui qu'il était au début du XX^e siècle (P. KRUGMAN, « Growing World Trade: Causes and Consequences », *Brookings Papers on Economic Activity*, 1995, No. 1, 25th Anniversary Issue, pp. 327-377).

(25) Voir, de manière générale, F. MAUPAIN, « La protection internationale des travailleurs et la libéralisation du commerce mondial : un lien ou un frein ? », *R.G.D.I.P.*, 1996, n° 1, pp. 45-97.

(26) Voir NÉGOCIATIONS D'URUGUAY, Comité des négociations commerciales : Réunion à l'échelon ministériel. Déclaration de Mme Yvonne van Rooy (Ministre du commerce extérieur, Pays-Bas), 14/04/1994, MTN.TNC/MIN(94)/ST/87.

(27) L'on vise par cette expression les États ayant rejoint l'Union en 2004 et en 2007 c'est-à-dire les pays d'Europe centrale et orientale (l'UE-8 de 2004 et l'UE-2 de 2007). L'on peut y adjoindre la Croatie (2013).

(28) Voir, N. LINDSTROM, « Service Liberalisation in the Enlarged EU: A Race to the Bottom or the Emergence of Transnational Political Conflict? », *J.C.M.S.*, 2010, Vol. 48. n° 5, pp. 1307-1327 et plus spéc. pp. 1316 et 1320.

(29) La Confédération suédoise des employeurs aurait financièrement soutenu l'entreprise Laval durant la durée des procédures, même si elle ne l'a jamais reconnu. L'objectif de la confédération aurait été de

Quoi qu'il en soit, le dumping social est devenu le symbole « for all that is wrong with the EU project »⁽³⁰⁾, à savoir la mise à mal, au nom de la libre concurrence, de certains droits des travailleurs.

En tenant compte de tous les éléments que nous avons brièvement⁽³¹⁾ exposés jusqu'à présent, le dumping social peut être défini comme une forme de concurrence déloyale consistant en l'exploitation, par un opérateur économique, d'une divergence entre une ou plusieurs règles de droit social des États membres de l'Union afin d'en tirer un avantage économique. L'existence d'une telle divergence est le résultat d'une politique, délibérée, menée par un État membre, politique destinée à asseoir (ou renforcer) la compétitivité des entreprises établies sur son territoire au sein du marché intérieur. L'on notera donc que toutes les divergences qui existent entre États ne sont donc pas constitutives de dumping social : il faut que ces divergences soient créées (ou maintenues) afin d'asseoir une position concurrentielle⁽³²⁾.

La présente contribution a pour objectif d'identifier la manière dont ce risque a été encadré par la directive sur le détachement des travailleurs. En effet, le détachement des travailleurs cristallise aujourd'hui l'essentiel des accusations récentes de pratiques de dumping social⁽³³⁾. Dans une première partie, nous montrerons que la crainte du dumping social a été un moteur à l'origine de l'adoption de la directive relative au détachement des travailleurs 2). Dans une seconde partie, l'on montrera toutefois que cette approche pose problème. La lutte contre le dumping social ne devrait plus servir de justification à l'intervention législative européenne : cette voie devrait être abandonnée au profit de la poursuite d'objectifs plus ambitieux 3). Une conclusion reprendra les principaux enseignements de notre contribution 4).

I. DUMPING SOCIAL : UN MOTEUR À L'ADOPTION DE LA DIRECTIVE SUR LE DÉTACHEMENT

La crainte du dumping social a joué un rôle moteur dans l'adoption de la directive relative au détachement des travailleurs. Comme il le sera montré, le mécanisme du *noyau*

forcer l'introduction d'un principe de proportionnalité en droit social suédois (en ce sens, N. BRUUN et C.-M. JONSSON, "Nordic countries", in A. BÜCKER et W. WARNECK, *Viking – Laval – Ruffert: Consequences and policy perspectives*, Bruxelles, ETUI, 2010, p. 18).

(30) S. WEATHERHILL, « Whose internal market? Companies' or Workers', Judges' or Politicians' », *EUSA Review*, 2011, Vol. 24, n° 1, p. 2.

(31) Cette définition, et ses contours, a été l'un des objets de notre travail doctoral (A. DEFOSSEZ, « Le dumping social dans l'Union européenne. Étude à l'aune du droit primaire et de la directive détachement », ULg, 2013, non publiée).

(32) Il est remarquable de constater que cette distinction entre divergences « admissibles » et divergences « inadmissibles » est déjà effectuée par les rédacteurs du traité de Rome. Ainsi, dans le Rapport Spaak, préc., il est noté qu'une distorsion d'ordre social qui ne peut être expliquée par des causes économiques plus générales (comme une différence de productivité) peut constituer une distorsion anti-concurrentielle susceptible de correction. C'est, notamment, en s'appuyant sur ce constat que les divergences salariales entre hommes et femmes ont été considérées comme une distorsion inadmissible et qu'un article spécifique sur cette question fut introduit dans le Traité C.E.E. Sur ce point voir notre thèse, préc. aux pp. 70 et s.

(33) Voir, par exemple, L'Express.fr, « Dumping social : les industriels de la viande attendent des limites claires », 9 décembre 2013, Le Figaro.fr, « Le combat de la France contre le dumping social en Europe », 8 décembre 2013.

dur joue un rôle central à cet égard (A). Le choix de ce mécanisme n'est pas anodin : si on le replace dans un contexte juridique plus général, une rupture nette apparaît entre la directive et le cadre juridique européen applicable au détachement (B).

A. LE NOYAU DUR : TECHNIQUE DE LUTTE CONTRE LE DUMPING SOCIAL

Avant d'explorer en détail la manière dont la directive détachement⁽³⁴⁾ a entendu lutter contre le dumping social, il faut revenir brièvement sur le contexte jurisprudentiel très particulier qui a mené à son adoption. À cet égard, l'arrêt *Rush Portuguesa*⁽³⁵⁾ apparaît en effet comme le péché originel de la Cour : rattacher à la libre prestation de services, le détachement s'impose durablement comme la face visible du risque de dumping social intra-européen 1). Face aux craintes d'instrumentalisation de cette liberté, l'invention de la technique du « noyau dur » est apparue comme une réponse appropriée 2).

1. L'arrêt *Rush Portuguesa* : le péché originel de la Cour de justice

Même si l'arrêt *Seco* constitue le premier arrêt de la Cour rendu en matière de détachement des travailleurs⁽³⁶⁾, l'arrêt *Rush Portuguesa* apparaît comme l'arrêt fondateur qui a poussé les États membres à adopter une directive spécifique sur le détachement. Cette affaire concernait l'activité d'une société portugaise sur le territoire français : la cinquantaine de travailleurs employés par cette entreprise ne disposaient pas d'une autorisation de travail. L'employeur a fait valoir qu'il disposait, au titre de la libre prestation de services, de la possibilité de faire venir librement son personnel en France.

L'invocation de la libre prestation de services peut paraître surprenante s'agissant du déplacement de personnel salarié⁽³⁷⁾. Il aurait été concevable d'invoquer les disposi-

(34) Directive 96/71/CE du parlement européen et du conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, *J.O.*, L 18 du 21 janvier 1997, pp. 1-6 et ses deux correctifs publiés au *J.O.*, L 310 du 28 novembre 2007, p. 22 et p. 28

(35) C.J.C.E., Arrêt du 27 mars 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*, *Rec.*, p. I-1417.

(36) C.J.C.E., 3 février 1982, 62 et 63/81, *Seco*, *Rec.* p. 223. Voir également, sur des questions proches, C.J.C.E., Arrêt du 17 décembre 1970, 35/70, *Manpower*, *Rec.*, p. 1251, C.J.C.E., Arrêt du 17 décembre 1981, 279/80, *Alfred John Webb*, *Rec.*, p. 3305 et C.J.C.E., Arrêt du 18 janvier 1979, 110 et 111/78, *van Wesemael*, *Rec.*, p. 35.

(37) Une partie de la doctrine (Voir H. VERSCHUEREN, « Cross-Border Workers in the European Internal Market : Trojan Horses for Member States' Labour and Social Security Law ? », *Int. Journ. of Comp. Lab. Law and Ind. Rel.*, 2008, p. 175 et D. MARTIN, « Comments on Gottardo ... », *European Journal of Migration and Law*, 2003, n° 4, pp. 373-374) a ainsi contesté ce raisonnement de la Cour lorsque, en dehors du cas de travailleurs issus de pays tiers ou de pays soumis à des dispositions transitoires, elle a appliqué la même grille de lecture à des travailleurs issus d'États membres. Notamment, l'on peut ainsi relever que certaines réglementations relatives aux travailleurs incluaient dans leur champ d'application outre les travailleurs « permanents », les travailleurs « saisonniers, frontaliers ou qui exercent leur activité à l'occasion d'une prestation de services » (4^e considérant du Règlement (C.E.E.) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *J.O.*, L 257 du 19 octobre 1968 p. 2-12). Cette lecture de la place des travailleurs dans le détachement est également reprise dans le Programme général pour la suppression des restrictions à la libre prestation des services, *J.O.* n° 2 du 15 janv. 1962, p. 32 (Pour un commentaire critique, voir F. BURROWS, *Free Movement in European Community Law*, Oxford, Clarendon Press, 1987, p. 221 et s.).

tions de la libre circulation des travailleurs. Toutefois, ce dernier rattachement aurait eu des conséquences radicales. En effet, à l'époque, les dispositions transitoires introduites dans l'acte d'adhésion du Portugal limitaient la libre circulation des travailleurs portugais⁽³⁸⁾. Par contre, le secteur des services était déjà (quasi) totalement libéré⁽³⁹⁾. Il était donc possible, à condition de rattacher la situation en cause à la libre prestation de services, de soumettre la législation française à la censure du droit européen.

Cette justification, de pure circonstance, paraît bien faible. La Cour reprend donc le raisonnement de la société portugaise : elle rappelle que la libre prestation de services permet à un prestataire d'exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la prestation est fournie « dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants »⁽⁴⁰⁾. Dès lors, un prestataire établi dans un autre État membre devrait pouvoir utiliser son personnel, sans que celui-ci doive obtenir une autorisation⁽⁴¹⁾. En conséquence, les entraves à la libre circulation des travailleurs détachés sont analysées à l'aune des dispositions, tant de droit primaire que de droit dérivé, relatives à la libre prestation de services⁽⁴²⁾.

Cette assimilation du détachement de travailleurs à la libre prestation de services constitue certainement le « péché originel » de la Cour. Traditionnellement, l'approche en matière de libre prestation de services se révèle plus « libérale » que dans le cadre d'autres libertés⁽⁴³⁾. Il est donc plus difficile, *ceteris paribus*, pour un État membre de justifier une entrave à la libre prestation de services que dans le cadre d'autres libertés. De plus, écarter l'application de la libre circulation des travailleurs dans le cadre d'un détachement empêche le principe de non-discrimination entre travailleurs nationaux

(38) Actes relatifs à l'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise aux communautés européennes, acte relatif aux conditions d'adhésion du royaume d'Espagne et de la République portugaise et aux adaptations des traités, quatrième partie les mesures transitoires, titre III les mesures transitoires concernant le Portugal, chapitre 2 la libre circulation des personnes, des services et des capitaux, section I les travailleurs, article 216, *J.O.*, L 302 du 15 novembre 1985, p. 88. Cet article 216 écartait, jusqu'au 1^{er} janvier 1993, l'application des articles 1^{er} à 6 du règlement n° 1612/68 (Règlement (C.E.E.) n° 1612/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de la Communauté, *J.O.*, L 257 du 19 octobre 1968, p. 2).

(39) L'article 2 de l'acte d'adhésion prévoit que les dispositions du traité en matière de libre prestation de services s'appliquent aux rapports entre le Portugal et les autres États membres dès la date de l'adhésion du Portugal à la Communauté sauf pour les activités relevant du secteur des agences de voyages et du tourisme et de celui du cinéma pour lesquels des mesures transitoires sont prévues (article 221 de l'acte d'adhésion).

(40) Arrêt *Rush Portuguesa*, préc., point 11.

(41) Voir P. RODIÈRE dans sa note sous l'affaire *Rush Portuguesa* (*R.T.D.E.*, 1990, p. 635 et s.).

(42) Il s'agit d'un « expédient habile » selon M. FALLON, « Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », *R.C.D.I.P.*, 2008, p. 785. Toutefois, ce rattachement systématique doit être nuancé. Ainsi, durant les périodes transitoires, des travailleurs mis à disposition, qui cherchent un accès au marché du travail, sont toujours à qualifier de « travailleurs » au sens du Traité et donc soumis aux règles transitoires (En ce sens, C.J.U.E., Arrêt du 10 février 2011, C-307/09, C-308/09 et C-309/09, *Vicoplus SC e.a.*, *Rec.* p. I-453, note V. MICHEL, *Europe*, 2011, Avril, Comm. n° 4, pp.16-17 et V. VAN DEN EECKHOUT, « Some Reflections on Recent European and Dutch Case-Law in Issues of International Labour Law (Koelzsch, Voogsgeerd, Vicoplus, Nuon-Case and Case Fnv/De Mooij) Which (New) Possibilities for Argumentation for Employees to Claim (a Higher Level of) Labour Protection in International Situations? », 2012, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=2010705>, pp. 17 et s.).

(43) Par exemple dans *Vander Elst*, préc., ou dans C.J.C.E., arrêt du 26 février 1991, C-154/89, *Commission/France*, *Rec.*, p. I-659, point 12.

et travailleurs issus d'un autre État de jouer son rôle de protection contre la tentation de faire jouer la concurrence entre salariés.

Certes, la portée perturbatrice de ce rattachement est limitée puisque la Cour énonce « que le droit [européen] ne s'oppose pas à ce que les États membres étendent leur législation (...) à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur leur territoire, quel que soit le pays d'établissement de l'employeur »⁽⁴⁴⁾. Cette réserve générale a pour effet de « réintroduire » un principe d'égalité entre travailleurs détachés et nationaux. Toutefois, cet *obiter dictum* pose certaines difficultés, notamment en termes de détermination du contour exact des normes de l'État membre d'origine dont l'application peut être exigée et de leur aptitude à prévenir efficacement les risques de dumping social.

Cet *obiter dictum* est donc insatisfaisant : le flou qui l'entoure nuit à la prévisibilité des obligations auxquelles seront soumis les prestataires et donc au déploiement serein d'activités transfrontalières. Dans le même temps, loin de rassurer, l'arrêt *Rush Portuguesa* a réveillé les craintes de résurgence de concurrence déloyale⁽⁴⁵⁾. C'est cette urgence qui allait pousser à l'adoption d'une réglementation sur le sujet, la directive 96/71.

2. La directive détachement : la place prépondérante du droit du pays de destination

Afin de répondre à cette double crainte (risque de dumping social, d'une part, et non-prévisibilité des obligations auxquelles seront soumis les prestataires de services, d'autre part), la directive détachement prévoit que le travailleur détaché doit se voir garantir l'application de certaines dispositions (de nature législative et/ou conventionnelle) de son pays de destination.

En vertu de ses articles 1 et 3, la directive 96/71 s'applique ainsi aux entreprises établies dans un État membre qui, dans le cadre d'une prestation de services transnationale, détachent des travailleurs sur le territoire d'un État membre. Ces travailleurs sont considérés comme détachés lorsque, pendant une période limitée, ils exécutent leur travail sur le territoire d'un État membre autre que l'État sur le territoire duquel ils travaillent habituellement. La directive oblige les États à faire bénéficier les travailleurs détachés d'un noyau dur de dispositions sociales du pays de détachement⁽⁴⁶⁾. Le contenu du noyau dur dont l'application au travailleur détaché doit être assurée, concerne notamment les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos, la durée minimale des congés annuels payés⁽⁴⁷⁾ et les taux de salaire minimal.

(44) Arrêt *Rush Portuguesa*, préc., point 18.

(45) O. DE SCHUTTER, « Le rôle de la Charte sociale européenne dans le développement du Droit de l'Union européenne », in O. DE SCHUTTER (sous la coord.), *The European Social Charter : a Social Constitution for Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 112. Voir également, plus critiques, G. LYON-CAEN et A. LYON-CAEN, *Droit social international et européen*, Paris, Dalloz, 7^e éd, 1991, p. 199 qui voient dans l'arrêt *Rush Portuguesa* la source du dumping social dans sa forme « la plus brutale ».

(46) Article 3 de la directive 96/71, préc.

(47) Certains États dispensent de cette obligation les entreprises établies dans d'autres États européens qui présentent une protection similaire (« une équivalence des droits ») (Ainsi, dans les relations franco-belges, voir Rapport d'information n° 28 (2006-2007) de M. FRANCIS GRIGNON, fait au nom de la Commission des affaires économiques, déposé le 18 octobre 2006, www.senat.fr, p. 20).

De manière générale, la directive prévoit⁽⁴⁸⁾ que les conditions de travail et d'emploi du noyau dur doivent, afin d'être applicables aux travailleurs détachés, être fixées par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives et/ou par des conventions collectives ou sentences arbitrales⁽⁴⁹⁾ si ces dernières sont déclarées d'application générale. La directive précise que, par application générale, on entend les conventions collectives ou les sentences arbitrales qui doivent être respectées par toutes les entreprises appartenant au secteur ou à la profession concernée et relevant du champ d'application territoriale de celles-ci.

Toutefois, tous les États ne connaissent pas de système de convention collective d'application générale. En particulier, lors des négociations de la directive, c'est le Danemark qui avait soulevé ce point. Dès lors, afin de répondre aux préoccupations des États du Nord de l'Europe, la directive prévoit qu'en l'absence de système permettant de déclarer une convention collective d'application générale, « les États membres peuvent, s'ils décident ainsi, prendre pour base 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 territorial de celles-ci et/ou 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, pour autant que leur application (...) garantisse, quant aux matières énumérées dans le [noyau dur], une égalité de traitement entre ces entreprises et les autres entreprises visées au présent alinéa se trouvant dans une situation similaire »⁽⁵⁰⁾.

Le secteur de la construction⁽⁵¹⁾ est *a priori* le seul concerné par l'application du noyau dur. Toutefois, la directive autorise une extension du noyau dur au-delà de ce seul secteur d'activité. Ainsi, selon son article 3, paragraphe 10, la directive prévoit qu'elle « 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 (...) des conditions de travail et d'emploi fixées dans des conventions collectives ou sentences arbitrales au sens du paragraphe 8 et concernant [d'autres] activités autres que celles visées à l'annexe ».

Les objectifs poursuivis par l'introduction de ce « noyau dur » sont précisés par les considérants de la directive. Ceux-ci énoncent qu'il ne s'agit pas d'harmoniser le contenu des réglementations en cause mais de préciser quelles règles impératives le pays de destination doit veiller à faire respecter. La volonté de protection du travailleur détaché ressort de l'application obligatoire d'un noyau prévisible de règles d'application obligatoire⁽⁵²⁾. De plus, le noyau dur accroît la prévisibilité des obligations qui

(48) Article 3 de la directive 1996/71, préc.

(49) Ainsi, au Royaume-Uni, l'Advisory, Conciliation and Arbitration Service (A.C.A.S.) peut engager des procédures de conciliation en matière de conflits sociaux (Pour un cas d'intervention, voir C. BARNARD, "British Jobs for British Workers: The Lindsey Oil Refinery Dispute and the Future of Local Labour Clauses in an Integrated EU Market", *Industrial Law Journal*, 2009, Vol. 38, n° 3, pp. 248 et s.).

(50) Article 3.8 *in fine* de la directive 96/71, préc. L'objectif est donc d'éviter que les entreprises étrangères soient soumises à des règles plus strictes que les entreprises nationales par le jeu de conventions collectives différenciées.

(51) Voir annexe de la directive 1996/71, préc.

(52) Considérants 5 et 6 de la directive 96/71, préc.

pèseront sur les employeurs et facilite l'identification du droit applicable et donc la libre prestation de services⁽⁵³⁾.

L'objectif de la lutte contre le dumping social est également certain, voire prépondérant. Ainsi, la directive précise qu'elle vise notamment à assurer une « concurrence loyale »⁽⁵⁴⁾ entre les États membres. La prééminence de cet objectif peut être déduite de plusieurs dispositions de la directive. Premièrement, la liste du noyau dur n'est pas fermée puisque la directive laisse une fenêtre ouverte permettant d'imposer certaines dispositions « d'ordre public » de l'État de détachement⁽⁵⁵⁾. En particulier, les États ont cru pouvoir imposer le respect de très larges pans de leur droit national du travail en recourant à une définition nationale de la notion d'ordre public.

Deuxièmement, l'application du noyau dur est obligatoire. Or, la jurisprudence antérieure de la Cour créait une simple possibilité pour les États membres d'appliquer certains pans (indéterminés) de leur législation nationale. Ce caractère obligatoire a entraîné certaines modifications dans plusieurs États, par exemple si les lois nationales excluaient des travailleurs détachés de leur champ d'application⁽⁵⁶⁾ ou si leurs conditions d'application étaient incompatibles avec le prescrit de la directive⁽⁵⁷⁾.

Enfin, la directive prend le soin de préciser que le respect de ce noyau dur se fait sous réserve de l'application « de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs » prévues par la législation du pays d'origine⁽⁵⁸⁾. Afin d'illustrer le rôle de lutte contre le dumping social du noyau dur de la directive, l'on peut prendre le cas de l'obligation de respect du salaire minimal. Les travailleurs issus de pays riches se déplaçant temporairement dans un pays pauvre puisqu'ils demeureront soumis au respect des dispositions « plus favorables » de leur pays d'origine. L'obligation d'imposer le respect des lois de police contenues dans le noyau dur est donc à géométrie variable

(53) *Ibid.*

(54) Considérant n° 5 de la directive 96/71, préc.

(55) Article 3.10 de la directive.

(56) Voir, pour un exemple tiré du droit anglais, L. MERRETT, *Employment Contracts in Private International Law*, Oxford, OUP, 2011, pp. 263 et s. La loi anglaise interdisant les discriminations, qui excluait de son champ d'application les travailleurs ne travaillant pas principalement au Royaume-Uni, a été corrigée. M. FRANZEN, « Article 8 : Individual Employment Contracts », in G.-P. CALLIESS (ed.), *The Rome Regulations: Commentary on the EC Regulations on Conflict Laws*, Londres, Wolters Kluwer, 2011, p. 194 note qu'en Allemagne, les dispositions contenues dans les conventions collectives, en tant qu'elles ne protègent pas un intérêt public, ne peuvent normalement pas être considérées comme des lois de police au sens de l'article 9 du Règlement Rome I. Il ajoute toutefois que cette conclusion doit être remise en cause lorsque ces conventions collectives sont déclarées d'application générale au sens de la directive sur le détachement.

(57) En Belgique, la directive a remis en question le champ d'application de certaines lois de police : le tribunal du travail de Liège (19 sept. 1997, *Chron. D. S.*, 1999, p. 563) critique l'exigence d'une occupation habituelle en Belgique (Cass., 4 déc. 1989, *Pas.*, p. 410, note A. NUYTS, *J.D.L.*, 1996, pp. 192-195) pour l'application d'une loi de police (l'on a vu que la Cour de cassation avait sans doute un peu rapidement mêlé les critères d'application des dispositions impératives avec celles des lois de police). Le tribunal prend notamment acte de l'existence du noyau dur de la directive 96/71 pour imposer l'application des « lois de police » même en l'absence d'occupation habituelle sur le territoire belge (voir également, M. FALLON et S. FRANCO, « Les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles (1986-1997) », *JT*, 1998, n° 5899, p. 689) Cette interprétation est critiquée par S. KREBBER (« Conflict of Laws in Employment in Europe », *Comp. Lab. L. & Pol'y J.*, 2000, pp. 535-536).

(58) Article 3.6. de la directive 1996/71, préc.

en fonction des différences de niveau de développement économique des États en présence : on voit comment, par ce biais, c'est l'objectif de lutte contre le dumping social, plus que d'application strictement territoriale du droit du travail, qui se cache derrière la méthode du noyau dur.

Le rôle de la directive dans la lutte contre le dumping social apparaît également lorsque l'on cherche à intégrer ces différents éléments dans un cadre de raisonnement traditionnel : plusieurs points de rupture entre cette directive et son environnement juridique immédiat apparaissent alors.

B. LA DIRECTIVE DÉTACHEMENT : UNE DIRECTIVE EN RUPTURE AVEC SON ENVIRONNEMENT JURIDIQUE IMMÉDIAT

L'on peut identifier, brièvement, trois points de rupture entre la directive détachement et son environnement juridique. La première porte sur la rupture entre la directive et la jurisprudence « marché intérieur » de la Cour de justice 1). La seconde concerne la comparaison entre le régime de la directive et celui du règlement relatif à la sécurité sociale des travailleurs migrants 2). Le dernier point de rupture concerne la directive et le Règlement Rome I 3).

1. Une directive en rupture avec le « quasi-principe » du pays d'origine

La jurisprudence de la Cour de justice relative aux entraves à la libre circulation est organisée autour du test de proportionnalité⁽⁵⁹⁾. Or, le droit du pays d'origine joue un rôle très particulier dans l'appréciation de la proportionnalité d'une entrave : c'est uniquement si le droit du pays d'origine ne permet pas d'atteindre de façon satisfaisante les objectifs légitimes poursuivis par la réglementation de son droit national que l'État de destination du produit pourra imposer l'application de sa propre réglementation⁽⁶⁰⁾. Sans donner naissance à un véritable « principe du pays d'origine »⁽⁶¹⁾, la jurisprudence de la C.J.U.E. fait donc peser une obligation de tenir compte du contenu des obligations auxquelles sont déjà soumis les produits issus d'autres États membres. Partant de ce constat, V. Hatzopoulos, voit se dessiner, dans la jurisprudence de la Cour relative aux services un « quasi-principe du pays d'origine »⁽⁶²⁾.

(59) Sur le test de proportionnalité, voir, de manière générale, M. KLATT et M. MEISTER, *The Constitutional structure of proportionality*, Oxford, OUP, 2012.

(60) Dans ces cas identifiés, où la reconnaissance mutuelle n'a donc pu pleinement jouer son rôle, l'intervention législative européenne peut être envisagée. L'harmonisation a dès lors pour objectif d'établir l'équivalence des législations, rétablir la confiance mutuelle entre États, et permettre ainsi la libre circulation (P. CRAMER, « Reflections on the Roles of Mutual Trust in EU Law », in M. DOUGAN et S. CURRIE (eds.), *50 Years of the European Treaties. Looking Back and Thinking Forward*, Oxford, Hart, 2009, pp. 51 et s.)

(61) En ce sens, dans le domaine des services, voir O. DE SCHUTTER et S. FRANCO, « La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur: reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie », *C.D.E.*, 2005, Vol. 41, n° 5-6, p. 606 et S. WEATHERHILL, « Pre-emption, Harmonisation and Distribution of Competence to Regulate the Internal Market », in C. BARNARD et J. SCOTT, *The Law of the Single European Market : Unpacking the Premises*, Oxford, Hart, 2002, p. 43 qui parle de « qualified principle of home state control ».

(62) « Que reste-t-il de la directive sur les services ? », *C.D.E.*, 2007, vol. 43, n° 3-4, p. 313.

L'on a vu que la logique de la Cour dans l'arrêt *Rush Portuguesa* n'était pas exactement conforme à ce raisonnement. Cet arrêt semblait autoriser les États, de manière assez large, à imposer le respect du droit social national aux travailleurs détachés. La directive détachement, et son noyau dur, participe de la même logique. Or, entre le début des négociations autour de cette directive et son adoption, la jurisprudence de la Cour en matière de détachement était, pour ainsi dire, rentrée dans le rang. L'arrêt *Arblade* constitue une (r)évolution majeure avec l'abandon de la faveur dont bénéficiait l'application du droit du pays de destination dans le cadre du détachement⁽⁶³⁾. Cet arrêt est d'une grande importance car il marque la volonté de la Cour de se détacher de sa jurisprudence *Rush Portuguesa* afin de faire entrer le détachement de travailleurs dans un cadre d'analyse que l'on qualifiera de plus « orthodoxe »⁽⁶⁴⁾.

Dans le cadre de cette affaire, deux procédures pénales étaient intentées contre deux sociétés françaises qui n'avaient pas respecté diverses obligations sociales prévues par la loi belge et considérées comme des « lois de police » au sens de l'article 3 du Code civil. Les employeurs considéraient que ces obligations étaient une atteinte à leur liberté de prestation de services. La réponse de la Cour est nette : si l'arrêt *Arblade* reconnaît l'existence des lois de police, et en propose même une définition européenne, il impose également que ces lois de police satisfassent à un contrôle classique de justification et de proportionnalité⁽⁶⁵⁾. Soumise à une analyse de proportionnalité, la loi de police devra être justifiée au regard de motifs correspondant à l'une des catégories d'exception expressément prévue par le Traité ou à l'une des raisons impérieuses d'intérêt général reconnue par la jurisprudence.

L'entrée en vigueur de la directive remet en cause ce raisonnement. L'affaire *Mazzoleni*⁽⁶⁶⁾ permet d'illustrer utilement cette différence d'approche. Dans cette affaire, la Belgique entendait imposer à des travailleurs venus de France le respect du salaire minimal belge. La Cour avait conclu, sous l'angle de la proportionnalité, que les autorités nationales doivent tenir compte de tous les éléments pertinents de la loi du pays d'origine comme le montant des cotisations sociales et fiscales afin de comparer les obligations auxquelles sont soumis les prestataires. Le noyau dur de la directive 96/71 renverse cette approche et permet d'imposer le respect du salaire minimal du pays de destination sans égard pour les règles du pays d'origine, sauf si celles-ci sont plus favorables.

Or, cette porte ouverte vers l'application du droit du pays d'origine n'est pas comparable au contrôle de proportionnalité classique. En effet, dans l'arrêt *Mazzoleni*, l'objectif de la comparaison a pour objectif de démontrer que l'application du droit du pays de destination n'est pas excessive en ayant notamment égard au degré de protection de l'intérêt légitime dans l'État d'origine. Dans le cadre de la directive, la comparaison entre le droit du pays de destination et celui du pays d'origine n'a plus cette fonction : il s'agit ici de vérifier que le salarié ne peut pas bénéficier d'un régime plus favorable. L'équivalence des règles du pays d'origine ne suffit donc pas à écarter l'application des règles du pays de destination⁽⁶⁷⁾.

(63) C.J.C.E., Arrêt du 23 novembre 1999, *Arblade et Leloup*, C-369/96 et 376/96, *Rec.*, p. I-8453.

(64) P. DAVIES, « The Posted Workers Directive and the EC Treaty », *Ind. Law. Journ.*, 2002, p. 301.

(65) Voir, déjà, sur cette question M. FALLON, *Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne*, R.C.A.D.I., t. 253, 1995, pp. 140 et s.

(66) C.J.C.E., Arrêt du 15 mars 2001, C-165/98, *Mazzoleni*, *Rec.*, p. I-2189.

(67) En ce sens, M. FALLON, « Le détachement européen à la croisée ... », *op. cit.*, pp. 804-805.

Cette emprise étendue de la libre prestation de services n'est pas sans soulever quelques craintes. Le débat autour de l'adoption de la directive sur les services dans le marché intérieur ⁽⁶⁸⁾ a été l'occasion d'une cristallisation de ces craintes et le détachement y occupait une place centrale. En effet, la Commission, dans sa première proposition de directive, avait proposé d'intégrer, dans ce texte, un « principe du pays d'origine » (« PPO ») ⁽⁶⁹⁾ en matière de services. Sans revenir dans le détail sur cette proposition, et les débats parlementaires qui ont mené à la suppression de ce PPO ⁽⁷⁰⁾, la principale crainte exprimée était que l'application d'un tel principe ne permette d'échapper systématiquement à l'application des règles de droit social du pays de destination, notamment en matière de contrôle sur les activités de détachement. En particulier, cette importation des conditions de travail (qui n'était en fait pas possible ⁽⁷¹⁾) s'est incarnée dans la figure tristement célèbre du « plombier polonais ».

Par un hasard de calendrier, l'Union s'est élargie à huit pays de l'Est au moment du débat autour de la directive services et cette proposition est devenue le symbole du risque accru de « dumping social » que fait peser le marché intérieur sur le droit social des États membres. Au-delà du débat autour du PPO, ce retour en force de la question du dumping social dans le débat public européen est également un révélateur du manque de « confiance mutuelle » entre États et à la capacité de leur ordre juridique respectif à atteindre certains objectifs, comme la protection des travailleurs. Au final, la référence au principe du pays d'origine a été supprimée de la directive mais la jurisprudence de la Cour, marquée par un « quasi-principe » du pays d'origine, demeure. Ainsi, dans les affaires *Laval* et *Viking*, la Cour effectue une lecture assez classique de l'entrave et de la proportionnalité d'une grève par rapport aux objectifs poursuivis par des syndicats, à savoir la lutte contre le dumping social ⁽⁷²⁾. La seule voie est alors de chercher à justifier cette entrave ce qui donne, immanquablement, l'impression d'une soumission de l'objectif de la grève à la libre circulation. Même si la Cour reconnaît dans ces affaires que l'Union a non seulement une finalité économique mais également une finalité sociale, l'on ne perçoit pas exactement ce que cette constatation modifie dans son analyse.

En conclusion, on ne peut que relever la distance qui s'est creusée entre la directive détachement, fondée sur l'application du droit du pays de destination, et la libre prestation de services, qui est marquée par l'emprise d'un quasi-principe du pays d'origine.

(68) Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.*, L 376, p. 36-68.

(69) Voir, pour une analyse détaillée, O. DE SCHUTTER et S. FRANCO, « La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur: reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie », *C.D.E.*, 2005, Vol. 41, n° 5-6, pp. 603-660 et I. GOVAERE, « De Bolkestein-richtlijn in de context van het acquis communautaire: evolutie of revolutie? », *TSR/RDS*, 2006, n° 1, pp. 3-24.

(70) Voir, sur le contexte institutionnel, A. CRESPIY, « Contre 'Bolkestein' : le Parlement européen entre idéologie et stratégie institutionnelle », *Revue française de science politique*, 2010, Vol. 60, n° 5, pp. 975 à 996.

(71) Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, COM(2004)2 final : une dérogation au principe du pays d'origine était prévue en matière de détachement à l'article 17. L'article 24 clarifiait la répartition des tâches entre le pays d'origine et l'État membre de détachement ainsi que les modalités des procédures administratives de contrôle et a finalement été supprimé du texte final.

(72) C.J.C.E., Arrêt du 11 décembre 2007, C-438/05, *Viking*, *Rec. p. I-10779* et C.J.C.E., Arrêt du 18 décembre 2007, C-341/05, *Laval*, *Rec.*, p. I-11767.

Certains auteurs vont, en partant de ce constat, jusqu'à remettre en cause la compatibilité de la directive avec sa base juridique⁽⁷³⁾. D'autres considèrent qu'il n'y a pas lieu de voir dans cette opposition un conflit de normes européennes au motif que dans les deux cas une possibilité de contrôle de l'application de la norme nationale par rapport à la norme d'origine est ouverte⁽⁷⁴⁾. Quoi qu'il en soit, il s'agit certainement d'une première « rupture » entre deux « quasi-principes » : celui du pays d'origine, d'une part, celui du pays de destination, de l'autre.

2. Une directive en rupture avec la logique de la réglementation relative à la sécurité sociale des travailleurs migrants

La réglementation européenne⁽⁷⁵⁾ relative à la sécurité sociale prévoit la règle de l'unicité de la loi du lieu de travail⁽⁷⁶⁾. La loi applicable, pour le travailleur salarié, est normalement celle du lieu d'exercice de son activité (*lex loci laboris*)⁽⁷⁷⁾.

Les travailleurs détachés⁽⁷⁸⁾, auxquels sont assimilés les travailleurs mis à disposition, sont toutefois soumis à un régime spécial : ils demeurent normalement soumis aux règles de leur pays d'origine « à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas vingt-quatre mois et que cette⁽⁷⁹⁾ personne ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne détachée⁽⁸⁰⁾ ». Le règlement 883/2004⁽⁸¹⁾ prévoit, comme son prédécesseur, la possibilité de déroger à la limitation des 24 mois par un accord passé entre les autorités des États membres concernés⁽⁸²⁾. Cette possibilité est très souvent utilisée en pratique et laisse une marge de manœuvre considérable aux États⁽⁸³⁾.

Toutefois, récemment, plusieurs arrêts ont partiellement remis en question l'unicité de la législation applicable en autorisant (et non en obligeant) un cumul de protection.

(73) P. DAVIES, « The Posted Worker Directive and the EC Treaty », *op. cit.*, p. 306. Dans le même sens, M. FALLON, « Les projets européens en matière de conflits de lois : une mise en contexte », *Rev. dr. ULg*, 2006, n° 4, pp. 527 et s.

(74) P. RODIÈRE, « Coordination des droits nationaux, loi applicable, compétence juridictionnelle », *R.T.D.E.*, 2003, pp. 544-545.

(75) Règlement (C.E.) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 sur la coordination des systèmes de sécurité sociale (Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE et pour la Suisse), *J.O.*, L166 du 30 avril 2004, p. 1 et Règlement (C.E.) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (C.E.) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *J.O.*, L 284 du 30 octobre 2009, p. 1 (ci-après « Règlement d'application »)

(76) Article 11 du Règlement 883/2004, préc.

(77) Article 11.3.a) du Règlement 883/2004, préc. un principe dont la pertinence a été contestée. Voir, F. PENNING, « Coordination of social security on the basis of the State-of-employment principle: Time for an alternative? », *C.M.L.R.*, 2005, pp. 67-89.

(78) Article 12 du Règlement 883/2004, préc.

(79) La version originale du texte indiquait « la personne ». Le règlement 465/2012, préc. précise « cette personne ».

(80) Le terme « détachée » a été ajouté par le Règlement 465/2012, préc.

(81) En son article 16.

(82) Dérogations pour des durées de cinq ans voire plus, Y. JORENS, « Detachering en sociale zekerheid: het juridisch kader », in Y. JORENS (ed.), *Handboek Europese detachering en vrij verkeer van diensten*, Bruges, la Chartre, 2009, p. 15 et s.

(83) Voir C.J.C.E., Arrêt du 17 mai 1984, *Brusse*, 101/83, *Rec.* p. 2223 qui confirme la large marge de manœuvre des États à cet égard. Voir, pour un exemple belge, *trav. Mons*, 20 avril 2005, R.G. n° 100.096/99.

Ainsi, l'arrêt *Bosmann* autorise un État à accorder certains avantages de prestations familiales sur la base d'une loi nationale applicable à tous les « résidents »⁽⁸⁴⁾. En matière de détachement, la possibilité d'obtenir de tels avantages supplémentaires par rapport à ceux prévus dans la loi normalement applicable est reconnue dans l'arrêt *Hudzinski* : des travailleurs détachés polonais, qui avaient décidé d'être assujettis à l'impôt allemand pour l'année où ils ont exercé leur activité dans cet État, en ont tiré un droit à certaines prestations de sécurité sociale en faveur de leurs enfants⁽⁸⁵⁾. Ce bénéfice était en effet lié au fait d'être soumis à l'impôt sur le revenu allemand. Il ne s'agit toutefois que d'une possibilité laissée aux États membres⁽⁸⁶⁾.

La loi du pays d'origine du travailleur détaché demeure donc, malgré cette possibilité, la loi de référence pour le travailleur détaché : cette exception à la règle générale du règlement (l'application de la loi du lieu de travail) a notamment pour objectif de favoriser la libre prestation de services de l'employeur⁽⁸⁷⁾ en évitant les complications administratives excessives qui découleraient de l'obligation, pour un travailleur détaché temporairement dans un autre État, de se soumettre à un autre régime de sécurité sociale⁽⁸⁸⁾.

Le règlement d'exécution, ainsi que plusieurs décisions de la Commission administrative relatives à la mise en œuvre des règles sur la coordination de la sécurité sociale, apportent des précisions sur la portée du règlement. Ainsi, le rôle important de la définition de la notion de détachement dans la lutte contre les pratiques abusives est illustré dans l'arrêt *Plum*⁽⁸⁹⁾. Une entreprise de construction qui envoie ses travailleurs sur le territoire d'un autre État membre dans lequel elle exerce la totalité de ses activités ne saurait se prévaloir des règles européennes relatives à la sécurité sociale des travailleurs en l'absence de l'exercice d'activités substantielles dans son État d'origine⁽⁹⁰⁾. Dans le même sens, on lira avec intérêt l'arrêt *Format*⁽⁹¹⁾ relatif à un travailleur polonais, engagé dans le cadre de deux contrats successifs (à durée déterminée) par une société polonaise active en sous-traitance dans le secteur de la construction, qui était en fait exclusivement employé en France. Comme dans l'arrêt *Plum*, le régime du

(84) C.J.C.E., Arrêt du 20 mai 2008, C-352/06, *Brigitte Bosmann, Rec.*, p. I-3827. Sur cet arrêt voir les critiques de D. MARTIN, J.-Ph. LHERNOULD, « Conflit de lois en matière de sécurité sociale: la C.J.C.E. vient-elle d'inventer le concept de la législation subsidiairement compétente? », *J.T.T.*, 2008, pp. 345-347 qui considèrent le raisonnement de la Cour peu convaincant car soucieux d'atteindre un objectif jugé souhaitable (fournir des prestations familiales à une mère isolée) et un objectif général de « progrès social » plutôt que de veiller à la cohérence des règles. Une autre partie de la doctrine est moins critique et considère que cette interprétation de la Cour est soutenue « de façon convaincante par le traité et les objectifs assignés au règlement (C.E.E.) n° 1408/71 qui imposent sans doute une certaine souplesse d'interprétation de ce texte » (L. DRIGUEZ, « Législation applicable en matière de prestations familiales », *Europe*, 2008, n° 7, Juillet, comm. 235).

(85) C.J.U.E., 12 juin 2012, C-620 et 621/10, *Hudzinski*, non encore publié au *Recueil*.

(86) Point 68.

(87) Décision A2, préc. considérant 1.

(88) Voir, en ce sens, C.J.C.E., Arrêt du 23 septembre 1982, 276/81, *Kuijpers, Rec.*, p. 3027, point 10, C.J.C.E., Arrêt du 19 mars 2002, C-393/99 et C-394/99, *Hervein e.a., Rec.*, p. I-2829, point 51 et C.J.C.E., Arrêt du 9 mars 2006, C-493/04, *Piatkowski, Rec.*, p. I-2369, point 34).

(89) C.J.C.E., Arrêt du 9 novembre 2000, C-404/98, *Josef Plum, Rec.*, p. I-9379. L'on se reportera également, de manière générale, à P. MAVRIDIS, *La sécurité sociale à l'épreuve de l'intégration européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 117 et s.

(90) Cette formulation est désormais reprise à l'article 14.2 du règlement d'application, préc.

(91) C.J.U.E., Arrêt du 4 octobre 2012, C-115/11, *Format*, non encore publié au *Recueil*.

détachement est écarté, s'agissant d'une société qui n'a pas d'activités substantielles en Pologne⁽⁹²⁾.

La réglementation européenne sur la sécurité sociale des travailleurs migrants favorise donc l'application du droit du pays « d'origine » du travailleur détaché. Toutefois, afin d'éviter que cette possibilité ne soit utilisée de manière abusive ou frauduleuse, notamment afin de masquer de « faux » détachements, la notion de détachement a fait l'objet d'une définition détaillée. Cette approche du détachement, où l'application du droit du pays d'origine du travailleur est le principe et l'application du droit du pays de destination l'exception, plus conforme à la philosophie du marché intérieur, constitue une seconde rupture par rapport à la technique du noyau dur.

3. Une directive en rupture avec le droit international privé européen

Le Règlement « Rome I »⁽⁹³⁾, qui a succédé à la Convention de Rome⁽⁹⁴⁾, vise, de manière générale, à régler les problèmes liés à l'établissement du droit applicable aux obligations de nature contractuelle relevant de la matière civile ou commerciale. Il prévoit plusieurs dispositions destinées spécifiquement au contrat de travail. La Convention et le Règlement de Rome consacrent au contrat individuel de travail un article spécifique : l'article 6 de la Convention qui est repris (presque) à l'identique par l'article 8 du Règlement⁽⁹⁵⁾. Au nom de la protection du travailleur, partie faible au contrat de travail⁽⁹⁶⁾, le libre choix des parties est limité en cette matière. Ainsi, le travailleur ne peut pas être privé de la protection des dispositions impératives de la loi applicable à défaut de choix. Cette loi sera, le plus souvent, la loi du lieu habituel de travail⁽⁹⁷⁾, étant entendu qu'un déplacement temporaire du travailleur ne modifie pas son lieu habituel de travail⁽⁹⁸⁾. Il y a donc normalement une neutralisation du détachement temporaire dans l'établissement du droit applicable au contrat de travail : la directive détachement marque donc une rupture avec cette approche qui favorise, elle aussi, l'application du droit du pays d'origine.

(92) Arrêt *Format* préc. point 32.

(93) Règlement (C.E.) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *J.O.*, L 177 du 4 juillet 2008, pp. 6-16.

(94) Convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, *J.O.*, L 266 du 9 oct. 1980, pp. 1-19 puis, pour une version consolidée, Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, *J.O.*, C 27 du 26 janvier 1998, p. 34.

(95) « Cette modification permet, par exemple, d'appliquer la règle au personnel travaillant à bord d'avions, s'il existe une base fixe à partir de laquelle le travail est organisé et où ce personnel exerce d'autres obligations vis-à-vis de l'employeur (enregistrement, contrôle de sécurité) » (Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), COM(2005)650 final).

(96) Sur ce point de la « partie faible », voir C.J.C.E., Arrêt du 26 mai 1982, 133/81, *Roger Ivenel contre Helmut Schwab*, *Rec.*, p. 1891, point 14 et le Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, par M. GIULIANO et P. LAGARDE, *J.O.*, C 282 du 31 octobre 1980, pp. 1-50.

(97) Nous ne nous attarderons pas sur les autres facteurs de rattachement prévus par le règlement. Ce premier facteur occupe en effet le sommet de la hiérarchie et est donc le plus utile en pratique (C.J.U.E., Arrêt du 15 décembre 2011, C-384/10, *Voogsgeerd*, non encore publié au Recueil, point 34, note L. IDOT, *Europe*, février 2012, comm. 114 et C.J.U.E., Arrêt du 15 mars 2011, C-29/10, *Koelzsch*, non encore publié au Recueil)

(98) Règlement de Rome, article 8.2.

Toutefois, cette conclusion est remise en question par l'article 9 du Règlement Rome I relatif aux lois dites « de police ». Cette disposition permet en effet de donner un plus grand poids au droit du pays de destination du travailleur détaché : il impose au juge de donner application aux lois dites « de police » du for. Même si ce recours à la technique des lois de police devrait demeurer « exceptionnel »⁽⁹⁹⁾, cette disposition est importante puisqu'elle permet d'imposer le respect de ces lois à une relation de travail qui s'exécute sur le territoire d'un État⁽¹⁰⁰⁾, et ce dès que le travailleur entre dans le champ d'application de la loi en question. En effet, « leur particularité gît donc dans la volonté du législateur, expresse ou tacite, de les voir respecter sur le plan interne mais aussi dans les relations internationales »⁽¹⁰¹⁾. Les lois de police permettent donc, potentiellement, si les conditions d'application propres à la loi sont rencontrées⁽¹⁰²⁾, d'imposer le respect de certains pans du droit national du travail au travailleur détaché, même si le pays de détachement n'est pas son lieu habituel de travail au sens de l'article 8.

Ainsi, en matière de droit du travail, de larges pans de la réglementation belge ont été considérés comme constituant des lois de police. Par exemple, les règles relatives au délai de préavis et les indemnités d'éviction⁽¹⁰³⁾, les causes légales de suspension du contrat⁽¹⁰⁴⁾, la fixation de la rémunération minimale⁽¹⁰⁵⁾, les lois relatives aux vacances annuelles⁽¹⁰⁶⁾, les règles relatives aux arriérés de rémunération et de chèque-repas⁽¹⁰⁷⁾, les dispositions des conventions collectives rendues obligatoires par arrêté royal⁽¹⁰⁸⁾, le versement des primes de fin d'année⁽¹⁰⁹⁾, les règles relatives à la durée de travail, à la protection des jeunes travailleurs et à l'hygiène sur le lieu de travail⁽¹¹⁰⁾, la loi sur la protection de la rémunération⁽¹¹¹⁾, la loi relative au travail temporaire, intérimaire et à la mise à disposition de travailleurs⁽¹¹²⁾, la loi portant statut des représentants

(99) Règlement Rome I, préc., considérant 37.

(100) Encore faut-il que les tribunaux du pays d'exécution soient saisis. Sur cette question, voir notre thèse, préc. aux pp. 264-274 et pp. 285-288.

(101) A. NUYS, note sous Cass., 4 déc. 1989, *Pas., JDI*, 1996, p. 194 et V. PRIOUX, « L'incidence des lois de police sur les contrats économiques internationaux », *Rev. Dr. ULB*, 1994, p. 133.

(102) De manière générale (D. BUREAU et H. MUIR-WATT, *Droit international privé*, Paris, PUF, 2007, n° 553 et s.), les lois de police s'appliquent selon des critères d'applicabilité propres : la loi de police peut ainsi définir son propre champ d'application ou, à défaut, le juge se fondera sur les dispositions générales de son droit national pour dégager un critère d'applicabilité (l'article 3 du Code civil ayant longtemps joué ce rôle en Belgique avant la codification du DIP belge. C'est l'article 20 du Code de DIP qui joue désormais ce rôle).

(103) Cass., 3 juin 1985, *Pas.*, I, p. 1241, *J.T.T.*, 1985, p. 309, obs., *Trav. Liège*, 22 octobre 1981, *J.T.T.*, 1982, p. 58 et *Trib. Trav. Brux.*, 16 février 1976, *J.T.T.*, 1976, p. 151.

(104) *Trav. Brux.*, 16 février 1976, préc. et *trav. Brux.*, 28 mars 1977, *J.T.T.*, 1978, p. 337.

(105) *Trav. Brux.*, 16 février 1976, préc. et *trav. Brux.*, 28 mars 1977, préc.

(106) *Trav. Brux.*, 12 avril 1988, *J.T.T.*, 1988, p. 359 et *trav. Brux.*, 11 mars 1983, *J.T.T.*, 1983, p. 178.

(107) *Trav. Charleroi*, 21 mars 2005, *J.T.T.*, 2005, p. 263.

(108) *Trav. Liège*, 23 septembre 1993, *J.T.T.*, 1993, p. 12, *Liège*, 23 octobre 1985, *Chron. D. S.*, 1987, p. 152, *Anvers*, 15 avril 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 237, *trav. Anvers*, 15 avril 1996, *J.T.T.*, 1997, p. 237, *trav. Liège*, 23 septembre 1993, *J.T.T.*, 1995, p. 12.

(109) *Trav. Liège*, 23 septembre 1993, préc.

(110) *Trav. Brux.*, 10 juin 1976, *J.T.T.*, 1977, p. 32, *Civ. Brux.*, 7 décembre 1972, *J.T.*, 1973, p. 222.

(111) Cass., 4 décembre 1989, *J.T.T.*, 1990, p. 77.

(112) *Trav. Liège*, 19 septembre 1997, *Chron. D.S.*, 1999, p. 563.

de commerce ⁽¹¹³⁾, les lois relatives à la sécurité sociale ⁽¹¹⁴⁾ ou les règles relatives à la prescription des actions qui naissent du contrat de travail ⁽¹¹⁵⁾.

Fondamentalement, l'application systématique des lois de police du for paraît donc, contrairement à la méthode de rattachement traditionnelle de l'article 8, moins compatible avec l'exercice des libertés européennes : elle risque, volontairement ou non, de faire systématiquement primer un objectif de lutte contre le dumping social sur le respect des libertés de circulation. La Cour de justice ne s'y est pas trompée puisque, dans le cadre de l'arrêt *Arblade*, elle a soumis ces lois de police à un test de proportionnalité. À cet égard, le Règlement Rome I pourrait marquer un durcissement de la notion. Ainsi, le considérant n° 37 du règlement précise que « la notion de lois de police devrait être (...) interprétée de façon plus restrictive » et doit être réservée aux dispositions nationales « dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique ». Ce faisant, le règlement semble vouloir remettre de l'ordre dans l'application de cette notion ⁽¹¹⁶⁾.

Une double rupture apparaît ici. Premièrement la directive ne soumet pas, nous l'avons vu, les lois de police du noyau dur à un quelconque test de proportionnalité, contrairement au mouvement initié depuis *Arblade*. Corrélativement, l'identification du « lieu habituel de travail » perd de son importance dans l'identification du droit applicable au travailleur détaché, puisque le noyau dur a, quel que soit le droit applicable au contrat de travail, vocation à s'appliquer. Ensuite, la directive ouvre une possibilité d'extension du noyau dur aux autres normes nationales « d'ordre public » ouvrant une porte très large à l'application des lois de police. Certains États membres ont pu étendre le contenu de ce noyau à la plus grande partie de leur droit national du travail : c'est un quasi-principe du droit du pays de destination qui trouve ici à s'appliquer.

II. DUMPING SOCIAL : UN FREIN À LA BONNE APPLICATION DE LA DIRECTIVE DÉTACHEMENT

La lutte contre le dumping social est donc au cœur de la directive sur le détachement. Toutefois, cette approche pose des problèmes et a créé plusieurs ruptures entre la directive et son cadre juridique immédiat. Des tensions n'ont donc pas manqué de surgir lorsque les États ont cherché à tirer toutes les potentialités de la directive sur le détachement dans un but, certes louable, de lutter contre la concurrence déloyale (A).

(113) Trav. Verviers, 28 septembre 1977, *J.T.T.*, 1978, p. 42.

(114) Trav. Verviers, 28 septembre 1977, préc.

(115) Cass., 27 mars 2006, *J.T.T.*, 2006, p. 294, note.

(116) Cette possibilité avait été évoquée dans le Livre vert sur la conversion de la Convention en Règlement de 2002 (COM(2002)654 final, préc. au point 3.2.8.3. Selon M. WILDERSPIN, les modifications introduites dans le Règlement ne peuvent constituer une volonté d'exclure les lois de police « de protection » du champ d'application de l'article 9 (M. WILDERSPIN, « The Rome I Regulation : Communautarisation and Modernisation of the Rome Convention », *ERA-Forum*, 2008, n° 2, pp. 271 et s.)

Le dépassement de ses tensions passe par une meilleure compréhension de la directive et une meilleure intégration de celle-ci dans son cadre juridique général. Les récentes initiatives de la Commission vont à cet égard dans le « bon sens » mais demeurent, à certains égards, insuffisantes (B).

A. LE DUMPING SOCIAL : SOURCE DE TENSION AVEC LA CONSTRUCTION DU MARCHÉ INTÉRIEUR

Certains États membres ont cru pouvoir s'appuyer sur la directive détachement afin de lutter contre le dumping social de manière très générale. La Cour de justice a, au fil de ses arrêts, mis un terme à ces interprétations nationales généreuses de la portée de la directive. Elle a adopté, premièrement, une interprétation stricte des conditions dans lesquelles des dispositions du droit de pays de destination peuvent être imposées aux employeurs de travailleurs détachés 1). La Cour a également restreint la possibilité d'étendre l'application de la technique du noyau dur à d'autres dispositions nationales d'ordre public 2).

1. Les arrêts *Laval* et *Rüffert* : l'interprétation stricte du véhicule juridique, support du noyau dur

La question de l'applicabilité générale des conventions collectives de travail est centrale dans le domaine du détachement puisque de nombreuses dispositions du noyau dur, et l'on songe au premier chef aux questions salariales, sont, dans de nombreux États, fixées par des conventions collectives. Les arrêts *Laval* ⁽¹¹⁷⁾ et *Rüffert* ⁽¹¹⁸⁾ traduisent la volonté de la Cour d'interpréter le plus strictement possible les modalités d'application du noyau dur de la directive 96/71. Dans l'arrêt *Laval*, et dans l'arrêt *Rüffert*, la Cour de justice a ainsi été appelée à remettre en cause certaines méthodes de transposition de la directive 96/71 et la possibilité de s'écarter, pour établir le contenu du noyau dur applicable aux travailleurs détachés, des méthodes strictement prévues dans la directive. Au cœur de l'arrêt se trouve le débat autour d'une loi suédoise discriminatoire interdisant de reconnaître, en Suède, les effets de conventions collectives conclues dans d'autres États membres.

Ainsi ⁽¹¹⁹⁾, en ce qui concerne les salaires minimaux, la loi suédoise de transposition de la directive détachement demeure muette : leur fixation est de la compétence des partenaires sociaux. En pratique, les conventions collectives sont conclues à l'échelon national entre organisations d'employeurs et de travailleurs et lient tous les employeurs membres de l'organisation concernée. Une entreprise non-membre, même si elle est non suédoise, peut être liée si elle conclut un accord de rattachement avec la section locale de l'organisation syndicale de travailleurs en question ⁽¹²⁰⁾. La jurisprudence

(117) C.J.C.E., Arrêt du 18 décembre 2007, C-341/05, *Laval*, *Rec.*, p. I-11767.

(118) C.J.C.E., Arrêt du 3 avril 2008, C-346/06, *Dirk Rüffert*, *Rec.*, p. I-1989.

(119) Les considérations qui suivent sont tirées de l'article de K. AHLBERG, N. BRUUN et J. MALMBERG, « The Vaxholm Case from a Swedish and European Perspective », *Transfer*, 2006, n° 2, pp. 155-167.

(120) La signature de cet accord de rattachement entraîne une obligation de « paix sociale » qui permet d'ouvrir une négociation sur le niveau de rémunération à appliquer aux travailleurs concernés. Voir J. MALMBERG et T. SIGEMAN, « Industrial Actions and EU Economic Freedoms : the Autonomous Col-

de la Cour suprême suédoise, dans une affaire dite *Britannia*, avait toutefois limité la possibilité de recourir à ce système. Si une entreprise était liée par des conventions étrangères, ce système ne pouvait être mis en œuvre. Le Parlement suédois corrigea cette jurisprudence (*Lex Britannia*) avec pour objectif explicite de lutter contre le dumping social. Cette loi limite l'obligation de reconnaissance des conventions aux seules conventions collectives suédoises. C'est précisément cette absence de reconnaissance de l'effet de conventions collectives étrangères qui est au cœur du litige dans l'affaire *Laval*. En effet, la société *Laval* était liée, par une convention collective lettone⁽¹²¹⁾. La Cour considère, sans surprise s'agissant d'une loi ouvertement discriminatoire⁽¹²²⁾, que la libre prestation de services s'oppose à ce qu'un État mette en place un système tel que la *Lex Britannia*.

Grossièrement résumé, l'arrêt *Laval* constitue un exemple assez classique de conflits en matière de détachement. La convention collective qui liait les syndicats lettons avec la société *Laval* mettait en effet à charge de cette dernière des obligations salariales largement inférieures⁽¹²³⁾ à celles normalement applicables en vertu de conventions collectives suédoises comparables⁽¹²⁴⁾. Après de nombreuses péripéties judiciaires, le contrat qui liait *Laval* à la commune de Vaxholm fut résilié et, en 2005, la société *Baltic* (la filiale suédoise de *Laval* par laquelle cette dernière avait procédé au détachement des travailleurs) fut déclarée en faillite. L'affaire *Laval* proprement dite est née de l'action judiciaire en dommages et intérêts lancée par cette dernière contre les syndicats suédois.

La question au cœur de l'interprétation de la directive 96/71 est la suivante : le fait que les partenaires sociaux suédois négocient, au cas par cas, certaines conditions salariales peut-il être considéré comme une transposition correcte de la directive 96/71 ? La Cour constate que « les conventions collectives ne sont pas déclarées d'application générale et que cet État membre n'a pas fait usage de la possibilité prévue à l'article 3, paragraphe 8, deuxième alinéa, de cette directive »⁽¹²⁵⁾. Sur ce point, il ne s'agissait pas d'un oubli mais d'une volonté⁽¹²⁶⁾ assumée de laisser les syndicats régler les questions

lective Bargaining Model Curtailed by the European Court of Justice », *C.M.L.R.*, 2008, vol. 45, pp. 1117-1118).

- (121) Sur cet arrêt, voir les commentaires (*inter alia*) de P. CHAUMETTE, « Les actions collectives syndicales dans le maillage des libertés communautaires des entreprises. C.J.C.E., 11 décembre 2007, *ITF & The Finnish Seamen's Union*, aff. C-438/05, C.J.C.E. 18 décembre 2007, *Laval & Partnery Ltd*, aff. C-341/05 », *Droit social*, 2008, pp. 210-220. La doctrine polonaise semble généralement assez favorable à la solution trouvée par la Cour (J. UNTERSCHÜTZ, « Viking, Laval and Rüffert from a Polish perspective », in A. BÜCKER et W. WARNECK, *Viking – Laval – Rüffert: Consequences and policy perspectives*, Bruxelles, ETUI, 2010, pp. 83 et s.).
- (122) N. LINDSTROM, « Service Liberalization in the Enlarged EU: A Race to the Bottom or the Emergence of Transnational Political Conflict? », *J.C.M.S.*, 2010, Vol. 48. N° 5, p. 1315 et N. REICH, « Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union: The Laval and Viking Cases before the European Court of Justice », *German Law Journal*, 2008, vol. 9, p. 132.
- (123) D'après *Laval*, elle versait à ses travailleurs un salaire mensuel de 1.500 euros et environ 660 euros d'avantages (Arrêt *Laval*, préc., point 31).
- (124) Arrêt *Laval*, préc., point 20.
- (125) Arrêt *Laval*, préc., point 67.
- (126) Ce qui, à la décharge de la Cour, montre, de la part des autorités nationales, une forme d'ignorance, voire « d'un peu de mépris » du droit européen (formule de P. RODIÈRE, « L'impact des libertés économiques sur les droits sociaux dans la jurisprudence de la C.J.C.E. », *Droit social*, 2010, n° 5, p. 578).

au cas par cas ⁽¹²⁷⁾. La Cour adopte une lecture textuelle de la directive 96/71, écartant ce faisant les développements proposés par son avocat général dans ses conclusions ⁽¹²⁸⁾. Une refonte de la *Lex Britannia* et un réaménagement des conditions dans lesquelles le respect de certaines conventions collectives nationales peut être imposé dans le cadre du détachement de travailleurs a donc été initié en Suède ⁽¹²⁹⁾.

Dans l'affaire *Rüffert*, la Cour se penche une deuxième fois sur la question de la portée des conventions collectives nationales ⁽¹³⁰⁾. Ici, la société Objekt und Bauregie (dont M. Rüffert est l'administrateur judiciaire) a décroché un marché public avec un *Land* (une région) allemand (celui de Niedersachsen). Une clause du contrat liant la société à la région stipulait que les travailleurs employés dans le cadre d'un tel marché ne pouvaient percevoir un salaire inférieur au salaire minimal prévu par une convention collective régionale. Or, la société Objekt und Bauregie a fait appel à un sous-traitant polonais qui a détaché, sur le chantier, des travailleurs polonais payés au salaire minimal applicable en vertu de la convention collective nationale (et qui découle de l'application de la loi allemande sur le détachement des travailleurs ⁽¹³¹⁾), salaire inférieur à celui prévu par la convention collective régionale.

La question est donc, encore une fois, celle du degré de généralité requis pour l'application d'une convention collective non rendue obligatoire au sens de la directive. Or, la convention collective en cause, « Bâtiments et travaux publics », n'est pas déclarée d'application générale au sens de la loi allemande de transposition de la directive 96/71. La convention collective régionale ne pouvait pas non plus être considérée comme constituant une convention collective au sens de l'article 3, paragraphe 8, deuxième alinéa. En effet, elle ne visait que les marchés publics et non tout le secteur de la construction ⁽¹³²⁾. Comme dans l'arrêt *Laval*, l'objectif de lutte contre le dumping social de cette règle, ici assimilé à un souci protectionniste du *Land* allemand, paraît avoir pesé lourd dans la conclusion de la Cour ⁽¹³³⁾. La Cour sous-entend ainsi que l'objectif principal du mécanisme est de protéger les marchés publics contre une concurrence étrangère jugée déloyale et non un souci social de protection des travailleurs : sinon, pourquoi le « limiter » aux seuls marchés publics ?

(127) Arrêt *Laval*, préc., point 24.

(128) Conclusions de l'Avocat général MENDOZZI, points 191 et s. qui développe l'idée de conventions collectives ayant effet *erga omnes* « de facto ».

(129) La législation suédoise a en effet depuis lors été modifiée (M. RÖNNMAR, « Laval Returns To Sweden: The Final Judgment Of The Swedish Labour Court And Swedish Legislative Reforms », *Indus. L.J.*, 2010, Vol. 39, pp. 284 et s.) : la grève n'est possible que pour exiger le respect de certaines conventions collectives d'application générale dans le secteur concerné et, en tout cas, n'est plus possible si l'entrepreneur est tenu par des conventions collectives qui, dans son pays d'origine, garantissent que ses travailleurs recevront un salaire comparable à celui prévu dans ces conventions.

(130) C.J.C.E., Arrêt du 3 avril 2008, C-346/06, *Dirk Rüffert*, Rec., p. I-1989. Sur cet arrêt, notamment, F. CHALTIEL, « La Cour de justice européenne et le dumping social », *Petites affiches*, 2008, n° 104, pp. 6-11 et L. DRIGUEZ, « Conditions d'application du salaire minimum aux salariés détachés », *Europe*, 2008, n° 5, pp. 13-14.

(131) En l'occurrence la TV Mindestlohn qui s'applique aux entreprises qui entrent dans le champ d'application de la convention collective fixant un cadre général pour l'industrie du bâtiment (Conclusions de l'Avocat général BOT, sous *Rüffert*, préc. au point 22).

(132) La Cour ne considère donc pas que les marchés publics constituent un « secteur » à part entière au sens de l'article 3.8 de la directive.

(133) Voir, en ce sens, Arrêt *Rüffert*, point 40.

Force est de constater que la lutte contre le dumping social s'est retournée contre les États et les syndicats qui y ont eu recours. Le caractère de cette justification, qui s'inscrit en partie dans une tradition protectionniste incompatible avec la philosophie générale des Traités européens, jette le discrédit sur le souci social, qui est pourtant réel, des acteurs de terrain ⁽¹³⁴⁾. Au vrai, ce constat n'est pas étonnant : la Cour s'est toujours montrée réticente quant à la qualification de la lutte contre la « concurrence sociale déloyale ». Les raisons de cette méfiance tiennent pour l'essentiel aux motivations qui semblaient fonder ces demandes : le plus souvent, il s'agit pour les États d'avancer des justifications ayant un caractère essentiellement protectionniste et non social ⁽¹³⁵⁾. Ainsi, dans l'arrêt *Finalarte* ⁽¹³⁶⁾, la Cour rappelle que « des mesures constituant une restriction à la libre prestation des services ne sauraient être justifiées par des objectifs de nature économique, tels que la protection des entreprises nationales » ⁽¹³⁷⁾. Elle fait une distinction entre cet objectif, illégitime, et celui de la protection des travailleurs détachés, légitime, ce qui s'inscrit dans la continuité de la philosophie générale des Traités et l'équilibre recherché entre la préservation de la libre concurrence et l'amélioration de la qualité de vie des travailleurs.

En conclusion, l'invocation par les États de la lutte contre le dumping social en tant que justification d'une application étendue du droit du pays de destination renforce la volonté de la Cour d'interpréter strictement la directive afin d'éviter que celle-ci devienne un prétexte au protectionnisme économique. Ceci présente, certes, un avantage pour l'intégration du marché intérieur. Les intérêts des travailleurs, par contre, peinent à trouver un chemin jusqu'au Kirchberg. Or, cette tendance à l'interprétation stricte de la directive détachement, au détriment des droits des travailleurs, se confirme à travers l'appréhension par la Cour de la délicate notion d'exception « d'ordre public » contenue dans la directive.

2. L'arrêt *Commission/Luxembourg* : l'interprétation stricte du contenu du noyau dur, un plafond inextensible de droits

On a vu que la directive offre aux États membres une possibilité d'extension du noyau dur aux dispositions d'ordre public. Or, cette extension facultative aux dispositions d'ordre public s'avère être d'une grande ambiguïté. Ainsi, et ce fut la lecture de certains États membres, comme le Luxembourg, l'Italie ⁽¹³⁸⁾ ou la Belgique ⁽¹³⁹⁾, où la

(134) Selon la juridiction allemande de renvoi, « le but principal des dispositions législatives en cause serait de protéger les entreprises de construction allemandes de la concurrence provenant d'autres États membres » (Conclusions de l'Avocat général BOT, sous *Rüffert* préc. au point 111).

(135) Voir ainsi, Conclusions de l'Avocat général MISCHO sous C.J.C.E., Arrêt du 25 octobre 2001, C-50/98, C-52 à 54/98 et C-68 à 71/98, *Finalarte*, C-49/98, *Rec.*, p. I-7831, point 32 ou Conclusions de l'Avocat général MISCHO sous C.J.C.E., Arrêt du 24 janvier 2002, C-164/99, *Portugaia Construções*, *Rec.*, p. I-787, point 15 sur la réglementation allemande sur le détachement et Conclusions de l'Avocat général COLOMER sous C.J.C.E., Arrêt du 21 octobre 2004, C-445/03, *Commission/Luxembourg*, *Rec.*, p. I-10191, point 51 sur la législation luxembourgeoise relative au détachement.

(136) C.J.C.E., Arrêt du 25 octobre 2001, C-49/98, C-50/98, C-52 à 54/98 et C-68 à 71/98, *Finalarte*, *Rec.*, p. I-7831, point 39.

(137) Voir également C.J.C.E., Arrêt du 5 juin 1997, C-398/95, *Syndesmos*, *Rec.*, p. I-3091.

(138) M. PALLINI, « Posted Workers: Italian Regulations and Dilemmas », *Transfer*, 2006, 2, pp. 272-276.

(139) Loi du 5 mars 2002 transposant la directive 96/71 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et instaurant un régime simplifié pour la tenue de documents sociaux par les entreprises qui

notion d'ordre public a pu recevoir une définition nationale avec la difficulté que, ce faisant, elle varie d'un État à l'autre ⁽¹⁴⁰⁾. Les États avaient donc parfois un peu rapidement considéré que l'article 3, paragraphe 10, leur permettait d'imposer, de manière très large et très libre, le respect de pratiquement toute leur législation nationale du travail ⁽¹⁴¹⁾.

La Cour de justice n'a, jusqu'à présent, été saisie qu'à une seule reprise de la difficile question de l'interprétation de cette notion d'ordre public ⁽¹⁴²⁾, et ce malgré les nombreux avertissements de la Commission sur la contrariété au droit européen de l'interprétation « nationale » de cette notion ⁽¹⁴³⁾. Il s'agit en l'occurrence de l'arrêt *Commission/Luxembourg* de juin 2008, rendu sur recours en manquement ⁽¹⁴⁴⁾. La Cour s'appuie notamment sur un précédent arrêt *Commission/Espagne* qui concernait la libre circulation des personnes et, plus précisément, la compatibilité du système d'information Schengen avec la directive 64/221 qui contient, en son article 2, une exception relative à la protection de l'ordre public au sens du Traité ⁽¹⁴⁵⁾. En choisissant ce précédent, la Cour semble rapprocher la notion de disposition d'ordre public contenue à l'article 3, paragraphe 10, de la directive de l'exception d'ordre public que l'on trouve dans le Traité ou dans la directive relative à la libre circulation des citoyens.

Toutefois, dans un deuxième temps, la Cour s'appuie également sur la définition proposée dans une déclaration conjointe du Conseil et de la Commission annexée à la directive détachement ⁽¹⁴⁶⁾. Selon la déclaration, l'expression « dispositions d'ordre

détachement des travailleurs en Belgique, *Moniteur belge* du 13 mars 2002 : toute loi sanctionnée pénalement, ce qui est pratiquement la règle en droit du travail, est d'ordre public.

- (140) Le recours à cette notion peut être implicite. Ainsi, au Royaume-Uni, toute la législation du travail est appliquée aux travailleurs détachés, sauf certains pans qui ont été exclus (C. BARNARD, « The UK and Posted Workers : The Effect of *Commission v Luxembourg* on the Territorial Application of British Labour Law », *Ind. Law. Journ.*, 2009, p. 122 et s.). En Suède, la loi de transposition a fait usage de l'ordre public pour imposer le respect de la liberté d'association (J. MALMBERG et T. SIGEMAN, « Industrial Actions and EU Economic Freedoms : the Autonomous Collective Bargaining Model Curtailed by the European Court of Justice », *C.M.L.R.*, 2008, vol. 45, p. 1122).
- (141) En ce sens, M. BIAGI, « The 'posted workers' EU directive: from social dumping to social Protectionism », *B.C.L.R.*, 1998, pp. 173-180.
- (142) Voir toutefois, l'arrêt *Van der Elst*, préc. au point 25 (« indépendamment de la possibilité d'appliquer aux travailleurs détachés à titre temporaire en France les dispositions nationales d'ordre public, qui régissent les différents aspects du rapport de travail ») semblant ainsi renvoyer à une définition nationale de cette notion qui impliquerait que les lois d'ordre public national en matière de droit du travail doivent être considérées comme des lois de police.
- (143) Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions - La mise en œuvre de la directive 96/71/CE dans les États membres, COM(2003)458 final.
- (144) C.J.C.E., Arrêt du 19 juin 2008, Aff. C-319/06, *Commission/Luxembourg*, *Rec.*, p. I-4323.
- (145) Directive 64/221/CEE du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, *J.O.* 56 du 4 avril 1964, p. 850.
- (146) Bien que cette déclaration ne soit pas publiée au *J.O.*, la Cour va lui reconnaître une portée interprétative. Or, selon l'arrêt *Quelle*, de telles déclarations ne peuvent normalement servir ce but si elles ne trouvent aucune traduction dans le texte définitif de la directive (C.J.C.E., Arrêt du 17 avril 2008, C-404/06, *Quelle*, *Rec.*, p. I-2685). Sur l'usage interprétatif des « travaux préparatoires » de la législation européenne, voir, de manière générale, S. SCHONBERG et K. FRICK, « Finishing, refining, polishing: on the use of travaux préparatoires as an aid to the interpretation of Community legislation », *E.L.R.*, 2003, Vol. 28, n° 2, pp. 149-171.

public » devrait recouvrir « des dispositions obligatoires à l'égard desquelles il ne peut être dérogé et qui, par leur nature et leur objectif, répondent aux exigences impératives de l'intérêt public ». Cette définition est singulièrement vague et, ce faisant, elle semble ouvrir une possibilité d'invoquer l'application de nombreuses dispositions nationales impératives justifiée par la poursuite d'un objectif national supérieur. Toutefois, ce constat contredit le renvoi effectué auparavant à une jurisprudence relative à la notion d'ordre public au sens des Traités.

Deux questions se mêlent dans le raisonnement de la Cour et une confusion règne entre la nature de la règle dont l'État entend imposer le respect et les raisons pour lesquelles il sera, ou non, autorisé à le faire. Rappelons en effet que la directive s'inscrit, comme cela découle de ses propres considérants, dans le cadre juridique de la Convention de Rome, et plus précisément d'une clarification de la portée de son article 7 (devenu l'article 9 du Règlement Rome I). Si l'on reprend l'article 3, paragraphe 10, celui-ci précise donc tout d'abord que « la 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 des conditions de travail et d'emploi (...) dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public ». La notion d'ordre public, lue en combinaison avec la déclaration n° 10 permet de penser que l'objectif de cette exception était de permettre aux États membres d'appliquer d'autres lois de police. La notion d'ordre public visait donc la *nature* de la règle visée. Cette déclaration conjointe vise en effet « des dispositions obligatoires » qui « répondent aux exigences impératives de l'intérêt public », ce qui correspond au mécanisme des lois de police.

Dans le même temps, l'article 3, paragraphe 10, prend soin de préciser que l'extension du noyau dur doit se faire dans le respect du Traité. Dès lors, la nature « de police » de la loi dont l'État entendait imposer le respect ne l'immunise pas du respect des Traités européens. La possibilité d'imposer le respect de ces règles « de police » était sujet à discussion au travers d'un examen de proportionnalité imposé *ex post* par la Cour de justice.

Or, l'arrêt de la Cour, en réduisant l'article 3, paragraphe 10, à l'invocation de l'exception d'ordre public au sens du Traité, a, *de facto*, pratiquement réduit à néant les possibilités pour les États membres de justifier une extension du noyau dur de la directive. En effet, l'appréciation classique de cette exception par la Cour est extrêmement stricte⁽¹⁴⁷⁾. On voit mal comment un objectif de protection des travailleurs détachés pourrait être intégré dans un tel cadre de raisonnement, si l'on retient la définition de l'ordre public tirée du Traité et, qui plus est, s'il est teinté d'un souci de lutte contre le dumping social.

L'arrêt de la Cour pourrait ainsi avoir pour conséquence dommageable l'impossibilité d'étendre le noyau dur là où cette extension pourrait pourtant parfaitement se justifier dans l'intérêt même du travailleur détaché. En effet, si le débat judiciaire autour de la directive détachement a été « pollué » par les objectifs, plus économiques que sociaux, de lutte contre le dumping social, cela ne signifie pas que certaines préoccu-

(147) Paradoxalement, cette interprétation stricte de la notion pouvait s'expliquer, à l'origine, par la volonté de la Cour de limiter la possibilité pour les États membres d'éloigner trop facilement de leur territoire certains travailleurs étrangers (B. TEYSSIE, « L'organisation juridique de la mobilité et les relations de travail : ambitions et méthodes de réalisation », *R.M.C.U.E.*, 1991, p. 104).

pations véritablement sociales puissent commander l'application de certaines règles qui n'ont pas été envisagées par les rédacteurs de la directive. Ainsi, les conditions d'hébergement des travailleurs détachés seraient « un marqueur important de la régularité de leurs conditions d'emploi »⁽¹⁴⁸⁾. Or, en l'état actuel de la jurisprudence européenne, il n'est pas certain qu'une obligation de fournir un logement décent (ou une compensation financière équivalente⁽¹⁴⁹⁾) aux travailleurs détachés pourrait être imposée au titre de l'exception d'ordre public⁽¹⁵⁰⁾.

Même si des incertitudes demeurent quant à la volonté de la Cour, dans son arrêt *Commission/Luxembourg*, de limiter les justifications admissibles à la seule exception d'ordre public, un intérêt fondamental peut exister notamment si l'objectif de l'État recouvre la protection d'un droit fondamental, comme la protection de la dignité humaine⁽¹⁵¹⁾. À considérer que l'obligation de fournir un logement décent au travailleur détaché puisse constituer un tel objectif, objectif que l'article 9 T.F.U.E.⁽¹⁵²⁾ ou la Charte des droits fondamentaux⁽¹⁵³⁾ pourrait contribuer à renforcer, encore faudrait-il, dans ce cas, que l'État membre poursuive cet objectif de manière cohérente et non discriminatoire⁽¹⁵⁴⁾.

La Cour a donc, comme elle l'avait fait dans les arrêts *Laval* et *Rüffert* auparavant, recadré la directive détachement et son application. C'est ici au prix d'une interprétation discutable de la notion d'ordre public contenue dans la directive qu'elle remet en cause la volonté de certains États de faire de cet instrument de droit dérivé un véhicule en vue de l'application intégrale du droit du pays de destination. Certes, ce faisant, elle favorise l'intégration du marché intérieur en renforçant la prévisibilité des règles applicables aux entrepreneurs. Le sort des travailleurs détachés semble toutefois passer au second plan dans la confrontation entre les objectifs de protection de la libre prestation de services et la lutte contre le dumping social. L'intransigeance de la Cour est d'autant plus flagrante si on la compare avec sa jurisprudence antérieure.

(148) Rapport d'information n° 3150, préc. p. 84.

(149) L'article 3 (7) de la directive précise que « 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 ».

(150) Voir, en ce sens, Cour EEE, Jugement du 23 janvier 2012, *STX*, E-2/11, non encore publié, points 95 et s.

(151) Voir également, dans le cadre de la problématique du détachement, Cour EEE, Jugement du 28 juin 2011, E-12/10, *EFTA Surveillance Authority v The Republic of Iceland*, non encore publié, points 55 et s. Dans cette affaire, la Cour EEE semble ouvrir la porte à une analyse des restrictions supplémentaires imposées par les États au titre de la protection des droits fondamentaux (bien qu'elle ait repoussé cet argument en l'espèce).

(152) Selon cet article, les politiques et actions de l'Union doivent garantir « une protection sociale adéquate ».

(153) En l'absence d'un droit au logement décent, celui-ci pourrait trouver sa place au titre de l'article 31 de la Charte qui prévoit que « tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent (...) sa dignité ». De manière générale, la dignité humaine constituerait la « source morale à laquelle tous les droits fondamentaux puisent leur teneur » (J. HABERMAS, *La constitution de l'Europe*, Paris, nrf, 2012, p. 137).

(154) Le manque de cohérence d'une politique peut en effet entraîner le rejet de la justification avancée par un État membre. (En ce sens, C.J.C.E., Arrêt du 18 mai 1982, 115 et 116/81, *Adoui et Cornuaille*, Rec., p. 1665, point 8). Voir toutefois, *contra*, C.J.U.E., Arrêt du 19 décembre 2012, C-577/10, *Commission/Belgique*, non encore publié au Recueil, qui considère que la situation des prestataires de services étrangers se distingue objectivement de celle des prestataires nationaux.

Ainsi, dans ses arrêts *Finalarte*⁽¹⁵⁵⁾ et *Commission/Allemagne*⁽¹⁵⁶⁾, la Cour avait été interrogée sur la possibilité, pour l'Allemagne, d'obliger les entrepreneurs étrangers à cotiser à une caisse de congés payés et à fournir certains renseignements. Cette règle qui, semble-t-il, avait un objectif protectionniste⁽¹⁵⁷⁾, n'a pas été considérée comme contraire au Traité. Le juge *a quo* était toutefois tenu de vérifier si, en pratique, cette réglementation fournit un réel surplus de protection (« *une réelle protection additionnelle* »⁽¹⁵⁸⁾) aux travailleurs détachés.

Le sort des travailleurs détachés paraît n'être qu'une formule de style, le principal souci des États étant de garantir l'avantage comparatif des entrepreneurs, d'une part, de veiller à restreindre une concurrence par les coûts, de l'autre. L'on peut en conclure que l'invocation de la lutte contre le dumping social n'est pas la meilleure manière de « vendre » aux juges européens une obligation excédant celles de la directive détachement. Des motifs sociaux, plus ancrés dans une volonté de favoriser l'inclusion des travailleurs peu qualifiés ou des personnes sans emploi paraissent mieux à même d'être admissibles que des conditions de salaire excédant fortement les minima applicables (et donc suspectes de protectionnisme) et autres obligations de « recruter localement »⁽¹⁵⁹⁾ qui sont des violations directes du principe de non-discrimination en fonction de la nationalité.

B. LE DÉPASSEMENT DU DUMPING SOCIAL : LA RECHERCHE D'UN ÉQUILIBRE ENTRE LES PILIERS ÉCONOMIQUE ET SOCIAL

Le dumping social, en tant que justification à l'intervention législative européenne, a montré ses limites. De plus, la lutte contre le dumping social a fait passer au second plan les autres intérêts que la directive visait à protéger : d'une part, les intérêts des travailleurs détachés eux-mêmes et, d'autre part, ceux des prestataires de services. Pour réconcilier les intérêts en présence, deux solutions, radicalement opposées, sont parfois proposées. Tout d'abord, première solution, une révision du texte de la directive détachement afin d'en étendre l'emprise est parfois réclamée⁽¹⁶⁰⁾. Une autre solution, radicalement opposée à la précédente, propose la suppression pure et simple de la directive : les règles du marché intérieur retrouveraient alors leur pleine emprise.

Certes, il est vrai que l'on pourrait considérer que la directive est incompatible avec sa base juridique. Selon C. Barnard, l'arrêt « *Laval* provides a good example of a conflict between a Treaty rule (the free movement of services which is premised on the principle of home state control) and a Directive (...) on posted workers (...), premised on the principle of host state control in respect of those areas governed by Article 3(1)

(155) C.J.C.E., Arrêt du 25 octobre 2001, C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98, *Finalarte*, Rec., p. I-7831.

(156) C.J.C.E., Arrêt du 18 juillet 2007, C-490/04, *Commission/Allemagne*, Rec., p. I-6095.

(157) Arrêt *Finalarte*, préc. point 38.

(158) *Ibid.*, point 45.

(159) En ce sens, C. BARNARD, « British Jobs for British Workers: The Lindsey Oil Refinery Dispute and the Future of Local Labour Clauses in an Integrated EU Market », *op. cit.*, pp. 262 et s.

(160) Voir ETUC, A Revision of the Posting of Workers Directive: Eight proposals for improvement, Final report, Bruxelles, 31 mai 2010. Le Comité des Régions regrette également que le texte de la directive 96/71 ne soit pas revu (voir Avis du Comité des régions sur « Le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services », *J.O.*, C 017 du 19 janvier 2013, pp. 67-80).

of the Directive » ⁽¹⁶¹⁾. À suivre cette analyse, l'existence même du noyau dur pourrait ainsi être contestée en recourant à une procédure préjudicielle en appréciation de validité ⁽¹⁶²⁾. Toutefois, dans l'arrêt *Rüffert*, la Cour considère que la directive, à la condition de l'interpréter de manière stricte, est conforme à la libre prestation de services ⁽¹⁶³⁾. Il s'agit donc bien d'un processus de réconciliation : à condition d'interpréter strictement les dispositions de la directive, sa compatibilité avec la libre prestation de services pourrait ainsi être sauvegardée au prix, toutefois, de la remise en cause de l'application de l'intégralité du droit du travail du pays de destination aux travailleurs détachés. La technique du noyau dur ne semble donc pas devoir être remise en question, que ce soit pour en étendre l'application ou pour la supprimer.

Pourtant, le *statu quo* serait inacceptable : certains détachements s'accompagnent de pratiques particulièrement intolérables, notamment s'agissant des conditions de logement, dont le sort n'est pas réglé dans le noyau dur, et de rémunération des travailleurs détachés. À ce titre, et dans un but légitime de protection des travailleurs détachés, une meilleure application de la directive est indispensable afin de réconcilier ses objectifs sociaux et économiques. Les travailleurs pourraient ainsi enfin entendre leur « voix » ⁽¹⁶⁴⁾ dans un débat qui les concerne au premier chef tout en abandonnant les oripeaux de la lutte contre le dumping social. De plus, cette vision renouvelée de la directive devrait tenter, autant que possible, de réduire les ruptures constatées auparavant.

À cet égard, la récente proposition de directive ⁽¹⁶⁵⁾ visant à une meilleure exécution de la directive détachement va certainement dans le bon sens ⁽¹⁶⁶⁾. Sans pouvoir procéder à une analyse détaillée de l'ensemble de cet instrument, il faut ici revenir sur deux techniques identifiables dans cette proposition. Ces deux aspects de la proposition sont particulièrement intéressants car ils reflètent, sans doute mieux que d'autres dispositions plus techniques de la proposition, la volonté de trouver un équilibre entre libre circulation et protection des droits des travailleurs. Ce nouvel équilibre aurait de plus l'avantage de permettre une réconciliation plus complète entre la directive et sa base juridique. Il s'agit, d'une part, de la lutte contre les sociétés boîte aux lettres et autres abus (1) et, d'autre part, d'une meilleure définition des contours de la notion de détachement elle-même (2).

(161) En ce sens, C. BARNARD, « The protection of fundamental social rights in Europe after Lisbon : a question of conflicts of interests », in S. DE VRIES, U. BERNITZ et S. WEATHERHILL (eds.), *The protection of fundamental rights in the EU after Lisbon*, Oxford, Hart, 2013, p. 39.

(162) Le délai pour un recours en annulation est évidemment largement dépassé.

(163) Arrêt *Rüffert*, préc. au point 36.

(164) A. GANESH, « Appointing Foxes to Guard Henhouses: The European Posted Workers' Directive », *Columbia Journal of European Law*, 2009, Vol. 15, pp. 123-142 et plus spéc. p. 132 et s.

(165) Proposition de directive relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services COM(2012)131. Cette proposition est toujours en cours de discussion : voir le projet de résolution législative du Parlement européen sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (COM(2012)0131 – C7-0086/2012 – 2012/0061(COD) et le rapport du Conseil de l'Union européenne sur la proposition de directive, Doc n° 17075/13 ADD 1.

(166) Voir, de manière générale, A. DEFOSSEZ, « Commentaire et proposition de révision de l'article 3 de la directive relative à l'exécution de la directive détachement », *R.T.D.E.*, 2013, n° 1, pp. 53-75.

1. Les sociétés boîte aux lettres : la piste de l'abus de droit

L'un des objectifs de la proposition est la lutte contre les formes abusives de mobilité : les sociétés dites « boîte aux lettres ». Une société boîte aux lettres peut être définie comme une société dont l'implantation est « fictive », c'est-à-dire qui n'a aucune activité économique substantielle dans son état d'établissement⁽¹⁶⁷⁾. La possibilité d'invoquer un abus, en matière sociale, a été abordée dans l'affaire *Laval*, mais la Cour a écarté l'argument en se fondant sur des motifs procéduraux douteux⁽¹⁶⁸⁾. Une intervention législative est donc apparue nécessaire afin de clarifier la portée de la notion d'abus et la proposition de directive s'appuie largement sur les solutions retenues en droit de la sécurité sociale pour ce faire⁽¹⁶⁹⁾. S'agissant de la compatibilité de cette méthode avec la base juridique de la directive, elle ne fait aucun doute puisque l'usage abusif des libertés est régulièrement condamné par la Cour⁽¹⁷⁰⁾.

En effet, dans l'arrêt *Hemland-Stärcke*⁽¹⁷¹⁾, la Cour a donné, pour la première fois, des critères généraux permettant de distinguer les usages abusifs⁽¹⁷²⁾ des usages légi-

(167) Voir, en ce sens, C.J.U.E., Arrêt du 6 octobre 2011, C-421/10, *Markus Stoppelkamp, Rec.*, p. I-9309, C.J.C.E., Arrêt du 2 mai 2006, C-341/04, *Eurofood, Rec.*, p. I-03813, point 35 et les Conclusions de l'Avocat général KOKOTT sous C.J.U.E., Arrêt du 20 octobre 2011, C-396/09, *Interedil*, non encore publié au Recueil, point 53.

(168) L'affaire *Laval* aurait pu donner lieu à un débat sur la portée de ces jurisprudences anti-fraude ou anti-abus. Dans cette affaire, un des arguments soulevés touchait précisément à un détournement des règles de droit communautaire. La société Laval, établie en Lettonie, avait détaché, via sa filiale à 100% établie en Suède, Baltic, des travailleurs sur un chantier de construction. Le caractère artificiel de cette situation a été soulevé devant la Cour. Celle-ci conclut que le litige n'est pas « artificiel » sans se prononcer sur la question de l'abus. Il y a ici une confusion entre le caractère artificiel du litige et le caractère abusif du comportement de la société Laval, ces deux questions ne se confondant pas. Voir également les Conclusions de l'avocat général MENGOZZI, sous *Laval*, préc. au point 115.

(169) Voir l'article 3 de la proposition de la Commission, préc.

(170) L'on ne peut, dans le cadre limité de cette contribution, faire un exposé exhaustif de cette question, particulièrement complexe. En effet, selon les libertés de circulation concernées, la prohibition de l'abus de droit ne s'articule pas toujours exactement de la même manière. L'on se concentrera ici sur l'abus à la liberté d'établissement et de libre prestation de services puisque ce sont les libertés principalement concernées par la récente proposition de directive. Pour un aperçu plus complet l'on se tournera, *inter multis*, vers R. DE LA FERIA et S. VOGENAUER (eds.), *Prohibition of abuse of Law: a new general principle of EU Law*, Oxford, Hart, 2011 et D. SIMON et A. RIGAUX, « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », in M. BLANQUET (dir.), *Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales, 2004, pp. 557-585.

(171) C.J.C.E., Arrêt du 14 décembre 2000, C-110/99, *Emsland-Stärke, Rec.*, p. I-11569.

(172) Le vocabulaire de la Cour n'est guère fixé. Elle parle aussi bien d'abus (C.J.C.E., Arrêt du 9 mars 1999, C-212/97, *Centros, Rec.*, p. I-1459) que de fraude (C.J.C.E., Arrêt du 2 mai 1996, C-206/94, *Paletta II, Rec.*, p. I-2357) ou de montage (cf. arrêt *Cadbury, infra*). Les notions de fraude et d'abus ne se recouvrent pourtant pas. Alors que la fraude suppose un acte positif afin de se soustraire à une loi jugée défavorable, l'abus consiste en l'exploitation d'une situation préexistante (M.-L. NIBOYET et G. DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Paris, LGDJ, 2007, n° 325-1 et note 75). Bien que la Cour mêle dans son raisonnement les notions d'abus et de fraude, il conviendrait de mieux les distinguer. Les abus dont il est question ici sont les montages qui exploitent les libertés de circulation et non les situations où de faux documents de détachement seraient, par exemple, établis. S'agissant de faux documents de détachement, la réglementation en matière de sécurité sociale prévoit que « les documents établis par l'institution d'un État membre qui attestent de la situation d'une personne (...) ainsi que les pièces justificatives y afférentes, s'imposent aux institutions des autres États membres aussi longtemps qu'ils ne sont pas retirés ou déclarés invalides par l'État membre où ils ont été établis »

times du droit européen. Selon la Cour, « la constatation qu'il s'agit d'une pratique abusive nécessite, d'une part, un ensemble de circonstances objectives d'où il résulte que, malgré un respect formel des conditions prévues par la réglementation communautaire, l'objectif poursuivi par cette réglementation n'a pas été atteint. Elle requiert, d'autre part, un élément subjectif consistant en la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention »⁽¹⁷³⁾.

Premièrement, il faut un respect formel des conditions d'application de la législation ou de la liberté en cause sans que soit atteint l'objectif de celle-ci. Ainsi, la Cour, dans son arrêt *Cadbury*, a rappelé que l'objectif de la liberté d'établissement est de « permettre à un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État membre d'origine et d'en tirer profit »⁽¹⁷⁴⁾. Selon la jurisprudence *Cadbury*, « pour l'appréciation du comportement de la personne imposable, [il convient] de prendre particulièrement en compte l'objectif poursuivi par la liberté d'établissement »⁽¹⁷⁵⁾ qui est de favoriser l'interpénétration économique à l'intérieur de l'Union. C'est cette condition qui, en délimitant le champ d'application de la liberté d'établissement en fonction de son but, permet de faire la distinction entre usages abusifs et usages légitimes des libertés.

Deuxièmement, il faut démontrer l'élément subjectif de l'abus consistant en la volonté d'obtenir un avantage résultant de la réglementation communautaire en créant artificiellement les conditions requises pour son obtention. S'agissant des sociétés boîte aux lettres, dans l'arrêt *Cadbury*, il est clairement indiqué que la simple création d'un établissement secondaire ne peut en aucun cas fonder une présomption générale d'abus ou de fraude, la loi nationale peut par contre valablement entendre lutter contre les montages « purement artificiels »⁽¹⁷⁶⁾.

À suivre cette jurisprudence, l'application du principe général de lutte contre l'abus du droit européen varie selon les objectifs poursuivis par la liberté concernée. S'agissant plus particulièrement de la directive détachement, l'on sait que ce texte poursuit des finalités multiples. En effet, si cette directive a certainement pour objectif de faciliter la libre prestation de services de sociétés établies dans les États membres, un objectif de protection des droits des travailleurs détachés y est également à l'œuvre. La recherche de cet équilibre entre droits des travailleurs et intégration économique est décisive afin de distinguer les usages abusifs des usages non abusifs⁽¹⁷⁷⁾. À notre estime, l'utili-

(article 5 du règlement (C.E.) n° 987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (C.E.) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, *J.O.*, L 284 du 30 octobre 2009, p. 1). Sur cette problématique, voir B. DE PAUW, « Het arrest Fitzwilliam van het Europees Hof van Justitie: een verduidelijking van het detachingsbegrip? », *J.T.T.*, 2000, pp. 297-299 et H. VERSCHUEREN, « Sécurité sociale et détachement au sein de l'Union européenne. L'affaire Herbosch Kiere: une occasion manquée dans la lutte contre le dumping social transfrontalier et à la fraude sociale », *R.B.S.S.*, 2006, n° 3, pp. 405-451).

(173) Arrêt *Emsland-Stärke*, préc. points 52-53.

(174) C.J.C.E., Arrêt du 12 septembre 2006, C-196/04, *Cadbury Schweppes plc, Rec.*, p. I-7995, point 53.

(175) *Cadbury*, préc. point 52. Voir également C.J.C.E., Arrêt du 21 novembre 2002, C-436/00, *X et Y, Rec.*, p. I-10829, point 42.

(176) *Cadbury*, préc. point 51.

(177) La Belgique a adopté son propre système de lutte contre les abus dans le domaine social (Voir la loi-programme du 27 décembre 2012, *M.B.* du 31 décembre 2012, p. 88860, aux articles 22 et s.).

sation des facilités offertes par cette directive dans un but exclusif de contournement des droits des travailleurs ne poursuit pas un objectif compatible avec cet instrument de droit dérivé. C. Barnard se montre plus pessimiste: selon elle, l'objectif « marché intérieur » aurait pris le pas sur l'objectif de protection des travailleurs depuis les arrêts *Laval* et *Rüffert*. La création de montage fictif serait donc « inhérente » à l'utilisation inventive des possibilités offertes par la directive détachement. À suivre cette opinion, la possibilité de démontrer l'existence d'un abus serait dès lors quasi nulle⁽¹⁷⁸⁾. Ce pessimisme est en partie injustifié. Les conflits en cause dans les affaires *Laval* et consorts concernaient, pour l'essentiel, l'affrontement entre une lecture fondée quasi exclusivement sur la lutte contre le dumping social et une vision favorable à la libre prestation de services défendue par les entrepreneurs impliqués dans ces affaires. Il n'est donc pas certain que ces arrêts visent à mettre en avant la libre prestation de services au détriment de la protection des travailleurs. Il semble par contre acquis que l'objectif de lutte contre le dumping social sort affaibli de ces arrêts⁽¹⁷⁹⁾.

S'agissant de la preuve de l'abus, la proposition a fait le choix d'encadrer strictement celle-ci. Pour ce faire elle codifie (notamment) les enseignements de l'arrêt *Plum* en matière de sécurité sociale⁽¹⁸⁰⁾. Certes, cette méthode a l'avantage d'une plus grande prévisibilité et de garantir un certain parallélisme entre les législations applicables. Toutefois, deux problèmes surgissent. Premièrement, les critères ainsi importés manquent parfois de pertinence dans le domaine de la directive détachement. Ainsi, le critère de l'identification du droit du travail applicable aux travailleurs, qui est pourtant repris dans la proposition, n'est sans doute pas employé au bon stade du raisonnement. Comme il sera montré dans la section suivante, si, au terme d'une analyse de la situation en cause, il s'avère que la législation applicable au contrat de travail d'un travailleur détaché est celle de son pays de détachement, ce constat sera suffisant, à lui seul, pour soumettre ce travailleur au respect du droit de son pays de destination, indépendamment de la question de savoir si l'entreprise ayant embauché le travailleur est, ou non, une société boîte aux lettres.

Deuxièmement, la proposition ne fournit aucune indication sur les conséquences de l'abus. Théoriquement, les conséquences envisageables sont de deux types. L'on pourrait envisager que la constatation d'un abus entraîne *ipso facto* l'obligation pour les entreprises de respecter l'ensemble des règles de droit du travail applicables sur le territoire de l'État où elles poursuivent en fait leurs activités. Les travailleurs seraient donc soumis au droit du travail du pays de détachement⁽¹⁸¹⁾. Toutefois, l'on pourrait

La conformité de ce système avec le droit européen est toutefois douteuse à certains égards : il renforce unilatéralement les possibilités de contrôle du pays de destination (la Belgique), remet en cause le caractère obligatoire du document A1 en matière de sécurité sociale et semble nier le système de coopération mis en place par la législation européenne. Pour une analyse, voir L. ELIARTS, « Detaching binnen de Europese Economische Ruimte en bestrijding van sociale fraude », *R.W.*, 2013, n° 10, pp. 396-399

(178) C. BARNARD, « The Notion of Abuse and the Freedom to Provide Services : a Labour Lawyer's Perspective », *op. cit.*, pp. 99-100 et 102.

(179) Voir, en ce sens, les conclusions de l'avocat général MENGOZZI avant *Laval*, préc. au point 171.

(180) *Cf. supra*.

(181) Voir, en ce sens, l'Avis du Comité des régions sur « Le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services », *J.O.*, C 017 du 19 janvier 2013, pp. 67 et s. qui considère qu'en cas d'abus dans le chef de l'entreprise « tous les travailleurs concernés seront réputés exercer leur liberté de circulation conformément à l'article 45 du Traité FUE ».

également envisager que ces conséquences soient moins radicales : la situation des travailleurs devrait alors être évaluée individuellement, au cas par cas. Il s'agirait d'établir leur lieu de travail « habituel » indépendamment des conséquences (sociales, fiscales et pénales) qui pèsent sur l'entreprise coupable de l'abus⁽¹⁸²⁾.

De prime abord, plusieurs raisons militent en faveur de la première solution. Tout d'abord, la directive sur le détachement, pour des raisons historiques qui ont été explicitées, a rattaché la situation juridique des travailleurs à la libre prestation de services. C'est celle-ci qui commande le sort qui leur est réservé du point de vue du droit du travail applicable. Dès lors, s'il y a abus, il n'y a plus d'entreprise effectuant un détachement de travailleurs au sens de la directive. Le droit du pays de destination retrouve dès lors sa pleine application. Ensuite, cette solution serait la même que celle qui découle de la constatation d'un abus dans le cadre de la réglementation relative à la sécurité sociale. Enfin, l'abus écarte la qualification de détachement : les travailleurs détachés redeviennent donc des travailleurs au sens plein du terme, ce qui justifie qu'ils soient traités comme des travailleurs nationaux, en vertu du principe de non-discrimination.

A contrario, l'on peut objecter que la Cour, dans son arrêt *Arblade*, a visé les obligations auxquelles seraient soumis les employeurs s'ils étaient établis sur le territoire du pays de destination. Cette conclusion se conçoit bien lorsque l'applicabilité du droit du pays de destination dépend directement du lieu d'établissement de l'entreprise. Or, ce n'est généralement pas le cas en matière de contrat de travail où l'identification du droit du travail applicable dépend, à titre principal, du lieu de travail habituel. La recherche de ce lieu de travail habituel constitue donc une démarche juridiquement plus correcte en cas d'abus de détachement : elle revient à distinguer le sort de l'entreprise de celui du travailleur. Le fait que la directive détachement constitue une *lex specialis* par rapport au Règlement Rome I milite également en ce sens : la règle générale reprend son emprise si la règle particulière n'est pas d'application.

Il faut reconnaître que, la plupart du temps, cette deuxième solution conduira sans doute le juge à conclure que le travailleur a le centre de ses activités dans le pays de destination. En effet, si une entreprise n'a pas d'activité dans son pays d'origine, c'est sans doute qu'elle a l'essentiel de ses activités dans le pays de destination et, *a fortiori*, que les travailleurs détachés y travaillent de manière « habituelle »⁽¹⁸³⁾.

Si le lieu de travail habituel n'est pas discernable, ce qui est peu probable au vu de l'évolution de la jurisprudence de la Cour dans ce domaine, le critère subsidiaire du droit du pays d'embauche du travailleur ou la réserve générale relative « aux liens plus étroits » que la situation du travailleur entretiendrait avec un État pourraient trouver à

(182) À cet égard, certains États membres souhaitent l'application automatique du droit du pays de destination. La Commission (soutenue par certains États) estime que le Règlement Rome I est toujours d'application (voir les débats au Conseil autour de la Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services - Rapport sur l'état d'avancement des travaux du 29 novembre 2012, Doc 16540/1/12 (REV 1), p. 7).

(183) Voir, en ce sens, Cass. fr., 11 avril 2012, n° 11-17.096 et 11-17.097, *Bulletin* 2012, V, n° 119 : le lieu d'activité « habituelle, stable et continue » de l'entreprise est utilisé comme un élément permettant d'établir le lieu de travail du personnel d'une compagnie aérienne.

s'appliquer⁽¹⁸⁴⁾. À cet égard, la jurisprudence récente de la Cour précise qu'une « présence purement passagère dans un État d'un agent d'une entreprise provenant d'un autre État aux fins de l'embauche de travailleurs ne pourrait être considérée comme constituant un établissement qui rattache le contrat à cet État »⁽¹⁸⁵⁾. Il n'y a toutefois pas correspondance parfaite entre cette notion de passage « temporaire » et celle de société boîte aux lettres. Une société boîte aux lettres peut être établie de longue date, le critère étant celui de l'importance et non de la durée de son activité.

En tout état de cause, cela ne signifie pas que le pays de destination serait démuné : il pourrait exiger le respect de ses lois de police, conformément à l'article 9 du Règlement Rome I⁽¹⁸⁶⁾. Ne serait-il pas problématique dans ce cas, que la jurisprudence de la Cour relative aux lois de police retrouve potentiellement à s'appliquer ? L'on a vu que cette jurisprudence est plus stricte que la directive détachement par rapport aux lois de police, puisque leur application suppose qu'elles satisfassent, en tant qu'enclave, au test de proportionnalité.

L'on peut toutefois considérer que l'abus rend inopérante la jurisprudence de la Cour relative à la notion de loi de police. En effet, l'arrêt *Arblade* indique clairement que l'applicabilité même de la libre prestation de services dépend de l'existence d'une activité réelle de l'entreprise, activité non exclusivement tournée vers le pays de destination : la « faveur » accordée aux employeurs, qui leur permet d'éviter l'application de certains pans du droit du travail du pays de destination, repose ainsi en partie sur leur volonté de participer à l'approfondissement du marché intérieur. Les États retrouveraient leur pleine autonomie sur la définition des lois de police, sans avoir à craindre la censure du juge européen (le droit européen étant inapplicable à la situation en cause).

En conclusion, la solution plus radicale qui consiste à autoriser les États membres à appliquer l'intégralité du droit du travail de destination dès qu'un abus a été détecté a le mérite de la simplicité. Mais, à notre estime, elle n'est pas la plus cohérente en droit puisqu'elle revient à assimiler le lieu de travail habituel au lieu d'activité de l'entreprise. La seconde solution, bien que plus complexe, et ouvrant elle-même la porte à de nouvelles questions, devrait donc être préférée. Le Parlement a d'ailleurs proposé de prévoir qu'« en cas de non-respect (...) les dispositions du règlement (CE) n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« règlement Rome I ») s'appliquent. Au moment de déterminer quelle loi s'applique en vertu du règlement Rome I, les dispositions les plus favorables au travailleur devraient être prises en compte »⁽¹⁸⁷⁾. Cette proposition doit être approuvée sous réserve toutefois de préciser la notion de « dispositions les plus favorables ». À notre estime, cette précision est superflue et

(184) Voir C.J.U.E., Arrêt du 12 septembre 2013, C-64/12, *Anton Schlecker*, non encore publié au *Recueil* : bien que Mme Boedeker ait travaillé 14 ans aux Pays-Bas, des liens plus étroits existent avec l'Allemagne. Ainsi, le juge relève que « l'employeur était une personne morale allemande, que la rémunération était effectuée en marks allemands (avant l'introduction de l'euro), que l'assurance pension était souscrite auprès d'un assureur allemand, que Mme Boedeker avait maintenu son domicile en Allemagne où elle payait ses cotisations sociales, que le contrat de travail faisait référence à des dispositions contraignantes du droit allemand et que l'employeur remboursait les frais de déplacement de Mme Boedeker depuis l'Allemagne vers les Pays-Bas » (point 29).

(185) Arrêt *Voogsteed*, préc. point 55.

(186) L'on suppose que ce sont les juridictions du pays de destination qui sont saisies.

(187) Amendement 5 du rapport du Parlement préc.

ajoute un degré de confusion supplémentaire dans le régime, déjà complexe, prévu par le Règlement Rome I.

2. Le travailleur détaché : un travailleur temporairement éloigné de son lieu de travail habituel

Comment distinguer le travailleur détaché du travailleur permanent ? Cette question est essentielle puisqu'elle permet de distinguer deux régimes juridiques : celui de la directive détachement, d'une part, celui de la libre circulation des travailleurs, d'autre part. Le risque est qu'un détachement masque en réalité une tentative d'accès au marché du travail du pays de destination : il s'agirait de contourner l'application intégrale du droit du pays de destination sous couvert d'un détachement prétendument temporaire.

La directive précise qu'« 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 »⁽¹⁸⁸⁾. Ainsi, l'identification du lieu de travail habituel du travailleur détaché pourrait devenir une étape importante afin de vérifier si un détachement en apparence légitime ne masque pas, *de facto*, une tentative de faire accéder de manière permanente le travailleur détaché au marché du travail de son État de destination⁽¹⁸⁹⁾. Une meilleure compréhension du concept de lieu de travail habituel permettrait de remettre au cœur du débat la volonté de protection du travailleur lui-même, en réintroduisant dans cette matière un raisonnement tiré des dispositions du Règlement Rome I relatives au contrat de travail telles qu'interprétées par la Cour de justice et qui, on le sait, poursuivent ce but. L'objectif est de faire bénéficier le travailleur du droit le plus « proche » de sa situation concrète. Ce faisant, le débat autour du détachement pourrait redevenir le lieu d'une véritable conciliation entre liberté de circulation et protection des droits des travailleurs.

La proposition de directive explore cette piste mais confond plusieurs étapes du raisonnement. Dans son article 3, la proposition enjoint au juge de vérifier si le travailleur détaché accomplit temporairement son travail dans un État membre autre que celui dans lequel il travaille habituellement et énonce ensuite une série de critères. Or, il s'agit de deux étapes du raisonnement qu'il conviendrait de mieux distinguer.

Tout d'abord, l'identification du lieu habituel de travail. En application des critères dégagés par la Cour de justice (dans le cadre de la Convention de Rome ou du Règlement de Bruxelles), le pays de destination pourrait s'avérer être le lieu de travail habituel du travailleur. Il faut, selon la Cour, tenir compte de plusieurs éléments qui « caractérisent l'activité du travailleur »⁽¹⁹⁰⁾. Il s'agit, donc, de chercher à identifier « le lieu où le salarié a établi le centre effectif de ses activités professionnelles et où ou à partir duquel il s'acquitte en fait de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur »⁽¹⁹¹⁾. Dans l'affaire *Koelzsch*, la Cour propose plusieurs éléments afin d'identifier le lieu

(188) Article 2, paragraphe 1, de la directive détachement, préc.

(189) En ce sens, la proposition COM(2012)131, préc.

(190) Arrêt *Koelzsch*, préc. point 48.

(191) C.J.C.E., Arrêt du 9 janvier 1997, C-383/95, *Petrus Wilhelmus Rutten, Rec.*, p. I-57, point 23, note J.-M. BISCHOFF, *J.D.I.*, 1997 pp. 635-637.

habituel de travail : il s'agit par exemple du lieu à partir duquel le travailleur effectue ses missions, du lieu d'où il reçoit ses instructions et organise son travail, du lieu où se trouvent ses outils de travail, des lieux où les transports sont effectués et les déchargements effectués et du lieu où il rentre après ses missions ⁽¹⁹²⁾.

Le critère « quantitatif », c'est-à-dire celui du temps de travail effectivement presté dans les différents États membres doit être manié avec précaution : qu'un travailleur peut être engagé et détaché immédiatement ne présume pas que le pays de sa première mission sera appelé à devenir son lieu de travail habituel. Dès lors, le temps de travail ne devrait pas être mesuré de manière rigide mais en tenant compte également de l'évolution prévisible de la carrière du travailleur en fonction de son contrat de travail.

Dans un deuxième temps, si le lieu de travail habituel correspond au pays d'origine du travailleur, le juge ne devrait pas s'arrêter à ce stade. Il devrait vérifier que le travailleur est présent sur le territoire du pays de destination de manière « temporaire ». Tenant compte de l'évolution jurisprudentielle et législative sur ce point, c'est la volonté de retour qui devrait constituer le critère décisif de cette vérification ⁽¹⁹³⁾. À défaut, le pays de détachement serait à considérer, non plus comme un lieu de détachement temporaire, mais comme un nouveau lieu habituel de travail. Il s'agirait, en premier lieu, de vérifier si la mission du travailleur détaché, effectuée pour le compte de son employeur, a été conçue dès l'origine pour un terme bien défini c'est-à-dire d'une émission déterminée ou pour la réalisation d'un travail défini.

Comme le relève J.-Ph. Lhernoud, l'intention des parties est donc l'élément déterminant, sous le contrôle du juge, afin de déterminer le caractère « temporaire » du détachement, par opposition au caractère « définitif » que requiert un changement de lieu habituel de travail ⁽¹⁹⁴⁾. Afin de renforcer la sécurité juridique, le recours à un critère temporel aurait pu être utilisé. L'on pourrait s'inspirer de la proposition de M. Polak qui considère qu'un détachement de plus d'une année (deux années désormais, en vertu des modifications apportées à la réglementation sur la sécurité sociale) ⁽¹⁹⁵⁾ deviendrait le lieu de travail habituel du travailleur sauf à démontrer le maintien de liens « plus étroits » avec le pays d'origine ⁽¹⁹⁶⁾. La volonté de retour serait donc présumée s'agissant d'un détachement de moins de deux ans, à charge pour les autorités de démontrer le contraire. Par contre, pour un détachement de plus de deux années, il n'y aurait plus de présomption et la volonté de retour devrait être démontrée, cas par cas.

Il est dommage, à cet égard, que la directive d'exécution ne soit pas plus précise sur ces différents aspects du travail de vérification du juge. En s'appuyant trop lourdement sur la réglementation relative à la sécurité sociale, le législateur est passé à côté

(192) C.J.U.E., arrêt du 15 mars 2011, C-29/10, *Koelzsch*, non encore publié au Recueil.

(193) En ce sens, le considérant 36 du Règlement Rome I énonce que « l'accomplissement du travail dans un autre pays est considéré comme temporaire lorsque le travailleur est censé reprendre son travail dans le pays d'origine après l'accomplissement de sa tâche à l'étranger ».

(194) J.-Ph. LHERNOUD, « La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs : le plombier polonais est-il mort ? », *Droit social*, 2005, p. 1195 et s.

(195) L'auteur prend appui sur la durée prévue dans le Règlement 1408/71, toujours d'application à l'époque.

(196) M. POLAK, « Laborum dulce lenimen. Jurisdiction and choice of law aspects of employment contracts », in J. MEEUSEN, M. PERTEGAS et G. STRAETMANS (eds.), *Enforcement of International Contracts in the EU*, Anvers, Intersentia, 2004, p. 329.

de la spécificité du raisonnement pour déterminer le droit du travail applicable et de certaines questions épineuses qui auraient dû être résolues dans ce cadre. Toutefois, les intérêts des travailleurs détachés sortent certainement renforcés de cette nouvelle proposition. De manière remarquable, c'est en s'appuyant sur des modes de raisonnement « classique » que le législateur européen est parvenu à ce résultat. Il s'agit selon nous de la meilleure manière de réconcilier les objectifs de liberté de circulation et de protection des droits des travailleurs tout en s'assurant que la directive ne présentera plus de nouvelles « ruptures » avec son encadrement juridique immédiat.

CONCLUSIONS

Comme le relève B. Hepple, le recours à un argumentaire lié à la lutte contre le dumping social afin d'imposer le respect de certaines normes sociales dans le cadre d'un espace de libre-échange apparaît « inadéquat » et « illusoire »⁽¹⁹⁷⁾.

L'on ne peut, après cinquante années d'évolution du droit primaire, qu'abonder dans ce sens : l'argumentaire du dumping social intra-européen est politiquement inadéquat (depuis les élargissements, cet argument apparaît extrêmement délicat à manipuler) et économiquement illusoire (le marché intérieur, fondé sur un principe de confiance légitime ne se concilie que très difficilement avec un tel argument qui tend à considérer qu'il existerait des formes de mobilité intrinsèquement déloyales). La cristallisation des débats entourant le détachement des travailleurs sur le seul aspect de lutte contre le dumping social a entraîné l'adoption d'un instrument qui tend à renforcer l'application unilatérale du droit du pays de destination. Toutefois, non seulement cette approche n'a pas été coordonnée à les autres instruments préexistants mais elle ne semble pas en outre conforme à la jurisprudence de la Cour en matière de libre prestation de services. Cette situation était juridiquement intenable et c'est au prix d'arrêts – critiquables à de nombreux égards – que la Cour a entendu rappeler les États à l'orthodoxie. L'invocation, de plus en plus fréquente, par les États membres, d'un argumentaire touchant à la lutte contre le dumping social semble s'être retournée contre eux.

Pour autant, le destin de la directive détachement n'est pas totalement sombre. Celle-ci peut devenir le véritable lieu de la conciliation entre libre prestation de services et droits des travailleurs. Un projet de réforme est actuellement en discussion et constitue certainement un pas dans le bon sens. Toutefois, ce projet n'est pas sans défaut et l'un de ses articles fondamentaux (l'article 3) pêche par l'imprécision et le laconisme. Imprécision quant aux critères qu'il entend mettre en place pour lutter contre les abus et laconisme sur les conséquences à attacher à la constatation d'un abus. Toutefois, sous réserve de quelques modifications, ce nouvel instrument pourrait marquer un pas important afin de réconcilier deux objectifs primordiaux de l'Union : la construction d'un marché intérieur dans le respect du progrès social. À cet égard, il conviendra également que la Cour de justice prenne sa pleine part dans ce travail de rééquilibrage et, comme le note très justement C. Barnard, « if the Court of Justice is to give meaning to [the social market] objective [of the EU] then

(197) B. HEPPLÉ, *Labour Laws and Global Trade*, Oxford, Hart, 2005, pp. 13 et s. Voir également l'analyse similaire de B. LANGILLE, *What is international labour law for ?*, Genève, International Institute for Labour Studies, 2005.

it needs to take into account (...) the broader democratic mandate of the European Union »⁽¹⁹⁸⁾.

(198) C. BARNARD, « A proportionate response to proportionality in the field of collective action », *op. cit.*, p. 134.