



HAL
open science

Le plombier polonais est-il mort ? La loi du 2 août et le détachement transnational de travailleurs

Jean-Philippe Lhernould

► **To cite this version:**

Jean-Philippe Lhernould. Le plombier polonais est-il mort ? La loi du 2 août et le détachement transnational de travailleurs. *Droit Social*, 2005, pp.27. halshs-00007680

HAL Id: halshs-00007680

<https://shs.hal.science/halshs-00007680v1>

Submitted on 5 Jan 2006

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

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

Le plombier polonais est-il mort ? La loi 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs *

Par Jean-Philippe LHERNOULD

Maître de conférences à l'université d'Orléans, membre du LEO

1. Qui ne connaît pas aujourd'hui le plombier polonais¹, ce travailleur qui traverserait l'Europe pour proposer sa force de travail en France, tout en demeurant soumis à la législation sociale de son pays d'origine.

En partie responsable du « non » au référendum du 29 mai 2005, l'image exacte du plombier polonais se laisse difficilement saisir. Plus sensible aux effets d'annonce que par des présentations scientifiques, l'opinion publique ne s'est guère intéressée aux montages juridiques qui pourraient conduire un plombier polonais à réparer la fuite d'une salle de bains française ou à installer du matériel dans une entreprise locale. Or la figure du plombier polonais, image du travailleur des pays d'Europe de l'Est qui offre en France sa force de travail à moindre coût et aux conditions sociales de son pays d'origine, est multiple. Il peut s'agir d'un artisan indépendant qui, démarchant des clients en France, exécuterait des travaux occasionnels sur notre territoire ; d'un salarié envoyé en France par son employeur, implanté de longue date en Pologne, qui a répondu avec succès à un appel d'offre ; d'un collaborateur d'une entreprise polonaise de plomberie, sous-traitante d'une entreprise implantée dans un autre Etat membre de l'Union Européenne qui exécuterait un marché en France ; ou encore, mais la liste n'est pas exhaustive, du collaborateur d'une entreprise française qui, pour échapper aux lois sociales nationales, aurait créé une société à l'étranger aux fins de l'envoyer travailler en France sous couvert de la législation de ce pays.

La multiplicité des visages du plombier polonais illustre la complexité des processus de détachements transnationaux² et la difficulté à les encadrer juridiquement. Ces phénomènes ont effectivement connu une croissance vertigineuse en France depuis quelques années, la DILTI (délégation interministérielle à la lutte contre le travail illégal) ayant observé une progression de plus de 80% des déclarations préalables de prestations de services entre 2001 et 2003, le nombre de salariés détachés en France attendrait en réalité 95 à 120 000, bien au-delà des déclarations effectuées³.

2. La variété des cheminements qui conduisent les travailleurs étrangers à être détachés sur le territoire français force l'observateur à la prudence lorsqu'il s'agit de porter une appréciation. Il ne fait guère de doute, tout d'abord, que des entreprises installées à l'étranger tentent effectivement de pénétrer le marché français en offrant des salaires, des conditions de travail et une protection sociale moins favorables que ce qui est proposé aux travailleurs français. L'enjeu du détachement peut en effet consister, grâce au maintien du salarié envoyé temporairement en France au régime social de la législation du pays d'envoi, à échapper aux contraintes du droit social français. La convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qui

* Loi n°2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, JO n°179, 3 août 2005, p.12639. Sont analysés les articles 89 et 90 de la loi. L'article 89 de la loi insère dans le titre IV (désormais intitulé « Main-d'oeuvre étrangère et détachement transnational de travailleurs ») du livre III du code du travail un chapitre II sur « le détachement transnational de travailleurs ». Les articles 90 à 94, qui complètent ce dispositif, visent, combinés avec l'article 89, à former un ensemble encadrant le détachement de salariés en France. L'auteur tient à remercier vivement Annie Bousiges (université de Poitiers) et Nicolas Moizard (université d'Orléans) pour leur relecture et leurs conseils.

¹ La paternité en reviendrait à Philippe de Villiers. Voir « Le plombier polonais, fossoyeur du oui - Naissance et propagation d'un mythe de campagne qui a vampirisé le référendum », Libération, 11 juin 2005.

² Pour un exemple concret, M. AMEIL, Regards sur les chantiers navals, Dr. soc. 2005, p.506.

³ Rapport de l'Assemblée Nationale, n°2429 du 29 juin 2005, S. POIGNANT et L.-M. CHATEL.

établit des règles de conflit propres au contrat de travail, valide un tel schéma car elle laisse aux parties le choix de la loi applicable au contrat et, à défaut de choix, prévoit l'application de la loi du pays où le travailleur accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays⁴. Les pratiques de détachement ayant pour but de contourner la législation sociale française peuvent donc s'inscrire dans de véritables stratégies⁵ mises en place par des prestataires établis à l'étranger, mais elles ne peuvent fonctionner sans la complicité de clients français attirés par le moindre coût, entreprises⁶ et particuliers. L'on n'hésite pas à parler, pour les entreprises françaises qui sont tentées de remplacer de la main-d'œuvre locale par des travailleurs étrangers détachés, de « délocalisation inversée » ou de « délocalisation sur place ».

L'attitude consistant à « *travailler ici tout en étant soumis au régime du travail en vigueur là* »⁷ n'est cependant pas, en elle-même, répréhensible dans l'espace communautaire car les règles du marché intérieur permettent à un entrepreneur de chercher à se placer sous la législation qui lui est la plus favorable⁸. Sont uniquement condamnables les montages frauduleux. C'est sur ce plan que s'est placé le législateur, guidé par les propos de M. Gérard Larcher qui affirmait en juin 2004 devant la commission nationale de lutte contre le travail illégal, qu'une attention toute particulière devait être portée « *à la lutte contre les fraudes transnationales, qui connaissent une recrudescence inquiétante* »⁹. Il s'agit donc, par un nouveau dispositif légal, de détecter et d'évincer les montages frauduleux (travailleurs étrangers « détachés de manière permanente en France », entreprises « boîtes aux lettres » établies hors de France, etc.), aux effets particulièrement sensibles dans des secteurs d'activité où le coût de la main-d'œuvre constitue un élément important du prix de la prestation (secteurs du bâtiment, des travaux publics, par exemple).

3. Le dispositif dépasse cependant la lutte contre la fraude et les pratiques déloyales. Inscrit dans une loi « en faveur des petites et moyennes entreprises », le chapitre sur le détachement transnational de travailleurs ne fait pas mystère des choix stratégiques qui l'ont guidé : protéger les entreprises nationales contre la concurrence d'entreprises établies à l'étranger et cherchant à travailler sur le territoire français à des coûts sociaux plus avantageux ; protéger l'emploi en France. Pour cela, le législateur redéfinit les cadres du détachement et s'attache à renforcer l'application de la législation sociale française (en tant que loi de l'Etat d'accueil) dans les situations de mobilité internationale.

4. Pour élaborer ce nouveau dispositif, la loi du 2 août 2005 s'appuie sur deux principaux outils. Elle s'inscrit d'abord dans la continuité de la loi quinquennale du 20 décembre 1993 qui a introduit dans le code du travail (article L341-5) un dispositif soumettant les travailleurs détachés de manière temporaire sur le territoire français aux éléments essentiels du droit social interne et ce, quelle que soit la législation applicable à la relation de travail¹⁰. L'article L341-5 est abrogé et laissera place, au plus tard le 1^{er} janvier 2007¹¹, au nouveau dispositif.

⁴ Pour une présentation de la convention de Rome appliquée au contrat de travail, P. RODIERE, Droit social de l'Union européenne, LGDJ, 2001, 2^{ème} éd., n°557 et s.

⁵ S. ROBIN-OLIVIER s'interroge sur un éventuel « nivellement par le bas des droits sociaux nationaux », in La mobilité internationale du salarié, Dr. soc 2005 p.495.

⁶ Les entreprises françaises sont-elles guidées par le profit ou bien poussées par la nécessité, leur survie dans un environnement concurrentiel féroce étant conditionnée par une baisse des prix ? Sur le terrain, les motifs réels ne sont pas faciles à découvrir.

⁷ Selon l'expression de M. A. LYON-CAEN, in Le travail dans le cadre de la prestation internationale de services, préc. Dr. soc. 2005, p.503.

⁸ CJCE 9 mars 1999, aff.C-212/97, *Centros Ltd*, rec.I-1459.

⁹ Présentation du plan national de lutte contre le travail illégal, 18 juin 2004 (www.travail.gouv.fr)

¹⁰ S. HENNION-MOREAU, Les prestations de services transnationales (article 36 de la loi quinquennale n°93-1313 du 20 décembre 1993), JCP éd. E, 1994, n°312. Voir circulaire DRT n°94-18 du 30 décembre 1994 relative à la situation des salariés d'entreprises étrangères détachés temporairement en France pour l'exécution d'une prestation de service.

¹¹ Selon l'article 89-IV de la loi du 2 août 2005, les dispositions du nouveau chapitre II « Détachement transnational de travailleurs » entreront en vigueur « *à partir de la publication du décret en Conseil d'Etat prévu à l'article L342-3 du code du travail, et au plus tard le 1er janvier 2007* ». Les articles 90 à 94 de la loi sont entrés en vigueur immédiatement.

L'autre outil, capital, est constitué par la directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services¹². Ce texte est fortement imprégné de l'impératif de concurrence loyale entre les entreprises. Il entend « *supprimer les obstacles et incertitudes susceptibles d'entraver la mise en œuvre des libertés économiques, en particulier la libre prestation des services* » et « *éliminer les pratiques préjudiciables à la fois à une concurrence loyale entre des entreprises nationales et non nationales* »¹³. Il s'efforce toutefois d'accorder une place aux considérations sociales et affirme, en préambule, « *qu'une telle promotion de la prestation de services dans un cadre transnational nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs* »¹⁴.

Or l'influence de cette directive a été discrète en droit interne jusqu'au vote de la loi du 2 août 2005. Avant celle-ci en effet, la particularité du droit français était de fonctionner avec un dispositif antérieur à la directive, mais supposé lui être conforme¹⁵. Les autorités françaises, ayant estimé que l'article L341-5 du code du travail respectait la directive 96/71, n'avaient pas cru nécessaire de procéder à une transposition expresse de ce texte¹⁶, sauf à opérer des ajustements dans un décret du 4 septembre 2000¹⁷. Cette attitude passive était certainement contestable car le droit français semblait moins précis et moins complet que la directive dans son approche du détachement transnational. De surcroît, les imprécisions du droit interne, ajoutées au fait que les mesures d'application étaient nichées dans l'arrière-cour du code du travail (partie « D »), pouvaient laisser penser que le dispositif national n'était pas pleinement efficace. En revisitant la réglementation interne et en insérant dans le code du travail un chapitre intitulé « détachement transnational de travailleurs », le législateur cherche à s'appuyer sur une transposition plus adéquate de la directive 96/71 pour offrir une meilleure protection sur le sol français aux entreprises françaises ouvertes à la concurrence des prestataires de services étrangers.

La référence constante à la directive 96/71 dans les travaux parlementaires indique que l'esprit du législateur de 2005 est, en première intention, de se consacrer aux situations intra-communautaires, même si le texte concerne tous les détachements transnationaux vers la France. Les travailleurs détachés en France sont d'ailleurs, dans leur majorité, des ressortissants d'autres pays de l'Espace économique européen (EEE), surtout issus des nouveaux pays membres¹⁸. La présente étude se consacrera à ces détachements, c'est-à-dire ceux réalisés vers la France, dans le cadre du marché intérieur, par des entreprises établies dans un autre Etat membre de l'EEE¹⁹.

En réalité, dans le cadre de ces détachements intra-communautaires, les contraintes juridiques étaient encore plus fortes car le droit français se devait non seulement d'avoir égard à la directive 96/71, mais aussi aux dispositions du traité sur la libre prestation des services, tout en restant en bonne intelligence avec le dispositif de la convention de Rome. Cette précision sur les sources

¹² JOCE n°L18, 21 janvier 1997, p.1. Sur la genèse et le contenu de cette directive, M.-A. MOREAU, Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne, JDI 1996, p.889 ; S. ROBIN, L'application du droit social français aux entreprises prestataires de services établies à l'étranger, Dr. soc. 1994, p.127 ; P. RODIERE, Droit social de l'Union européenne, préc., n°557 et s. Sur sa mise en œuvre dans les Etats membres, Rapport des services de la Commission, janvier 2003 (<http://europa.eu.int>).

¹³ Proposition de directive, 1^{er} août 1991, Com (91) 230 final.

¹⁴ Considérant n°5. Sur l'équilibre entre l'économique et le social, voir CJCE 12 octobre 2004, aff.C-60/03, *Wolff et Müller* : RJS 3/05 p.189, notre chron. Voir aussi les explications de Mme M.-A. MOREAU, Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne, article préc.

¹⁵ D'autres Etats membres étaient également dans cette configuration : l'Allemagne ou l'Autriche par exemple.

¹⁶ En se prévalant d'une jurisprudence constante sur les règles de transposition des directives (CJCE 23 mai 1985, aff.29/84, *Commission/Allemagne* : rec.1661).

¹⁷ Voir infra n°7.

¹⁸ Sur ces statistiques, voir Le régime du travail dans le cadre de l'Union européenne, LS Europe n°119, 6 janvier 2005, p.2.

¹⁹ Directive 96/71, art.1§1.

s'avérera capitale quand il s'agira d'apprécier la conformité du droit français au droit communautaire.

5. En outre, les considérations d'ordre politique, éthique et économique sont apparues comme déterminantes dans les débats. S'il n'est pas question de mettre au pilori tous les détachements transnationaux de travailleurs, phénomène aussi naturel (dans une économie de marché où les frontières sont ouvertes) qu'indispensable dans les secteurs dans lesquels la main-d'œuvre spécialisée fait défaut (de manière structurelle ou conjoncturelle)²⁰, les travers du détachement sont réels. En créant les conditions d'un statut social qui peut être (très) désavantageux pour le travailleur détaché, à supposer même que le travailleur ne se retrouve pas dépourvu de protection face à un employeur tout puissant²¹, les détachements transnationaux peuvent porter atteinte aux droits fondamentaux de l'individu²². Ils sont aussi vecteurs d'inégalité entre personnes exécutant un travail sur un même territoire, selon qu'elles sont détachées ou intégralement soumises à la loi locale. En France, l'opposition radicalisée entre les partisans d'un encadrement sévère des mécanismes de détachement et une minorité (silencieuse) favorable à ce que le marché intérieur produise son œuvre, tout en respectant l'équilibre entre l'économique et le social proposé au niveau communautaire, a semblé tourner à l'avantage des premiers.

Les termes du débat, déjà compliqué en lui-même, étaient par ailleurs brouillés par le fait que les partisans d'un contrôle strict des détachements transnationaux et d'une application aussi large que possible de la législation du lieu d'exécution de la prestation étaient des alliés de circonstance. Aux anti-libéraux se joignaient en effet de nombreux entrepreneurs s'estimant victimes de pratiques déloyales de la part d'entreprises étrangères opérant sur les mêmes marchés, mais à des coûts sociaux plus faibles. Cette alliance objective n'était pas le moindre des paradoxes du sujet.

6. Fruit de ce contexte particulier, il n'est pas certain que le résultat proposé soit convaincant sur le plan juridique. Construit en considération de la directive 96/71, mais pas toujours en accord avec celle-ci et survolant les dispositions du traité sur la libre prestation des services et celles du règlement 1408/71 coordonnant les régimes nationaux de sécurité sociale, le nouvel ensemble soulève des questions sur sa capacité à atteindre des objectifs dont les termes mêmes prêtent à discussion. Les réserves s'expriment à tous les niveaux de l'édifice²³ : conditions d'application du code du travail aux salariés détachés en France (I), dispositions spécifiques au cabotage (II), règles applicables en matière de sécurité sociale (III) et processus de coopération et de surveillance (IV).

I.- Conditions d'application du droit du code du travail aux salariés détachés en France

7. C'est en réaction à la jurisprudence *Rush Portuguesa*, qui concernait une entreprise portugaise effectuant en qualité de sous-traitant des travaux de construction en France, que le Parlement a introduit en 1993 dans le code du travail l'article L341-5 précisant les conditions d'application des dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles françaises aux salariés détachés, et ce

²⁰ Les détachements transnationaux sont porteurs de croissance économique, ils nourrissent l'innovation, la diversification des méthodes de travail et contribuent à la compétitivité des entreprises françaises (Ph. PINON, Les détachements temporaires de main-d'œuvre à l'heure de la mondialisation des prestations de service : les conditions pour une concurrence loyale, avril 2004, CCI Paris).

²¹ L'exemple est bien connu de travailleurs qui, pour obtenir le droit d'être envoyés en Europe de l'Ouest, doivent payer un « droit d'entrée » à leur employeur. On pourrait aussi évoquer les diverses retenues sur salaire « sauvages » (frais de transport, de logement, etc.)

²² Le détachement transnational de travailleurs est-il une forme moderne d'esclavage – selon le droit communautaire, ce n'est d'ailleurs pas le travailleur détaché qui circule mais la prestation de services qu'il exécute - et porte-t-il les germes d'une régression sociale ? Sur l'argumentaire favorable à un encadrement très strict du détachement, A. MATH, L'envoi de migrants détachés dans le cadre de la libre prestation de services transfrontalières – quels risques pour les systèmes de protection sociale ?, RD sanit. soc. 2005, p.565 ; A. MATH et A. SPIRE, Vers une immigration permanente des travailleurs temporaires – du mode 4 de l'AGCS aux différents régimes migratoires de travailleurs détachés, IRES, document de travail n°04.06, juin 2004.

²³ Les dispositions sur le cabotage, non étudiées ici, soulèvent également de fortes interrogations sur leur compatibilité face au droit communautaire.

afin d'éviter que la liberté de prestation des services en matière communautaire n'aboutisse à une distorsion de concurrence fondée sur une réduction des coûts salariaux²⁴. Cette loi, qui était aussi destinée à stimuler l'adoption d'un texte au niveau communautaire (la proposition de directive étant en gestation depuis plusieurs années), a été complétée par deux décrets du 11 juillet 1994²⁵ et du 4 septembre 2000²⁶ (articles D341-5 à D341-5-15 du code du travail).

Avec la loi du 2 août 2005, le législateur veut donc faire d'une pierre deux coups : achever la transposition de la directive 96/71 et, au-delà de la lutte contre la fraude, offrir une meilleure protection aux entreprises françaises (et à ses salariés) ouvertes à la concurrence des prestataires de services étrangers. Sur plusieurs points, le succès est indéniable. Désormais ancrée dans la partie législative du code du travail aux articles L342-1 à L342-6, la réglementation sur le détachement transnational des travailleurs est plus complète et plus visible. Elle est aussi plus proche de la directive 96/71. Pour autant, son harmonie avec le droit communautaire et sa capacité à être efficace interrogent. Ces doutes, qui ne sont peut-être pas sans lien avec la manière dont la nouvelle armature légale est née - c'est-à-dire dans l'urgence, le chapitre sur le détachement transnational des travailleurs étant issu d'un amendement proposé par le Gouvernement devant le Sénat le 16 juin 2005 – concernent chaque volet du dispositif : les opérations de détachement couvertes (A), la définition du salarié détaché (B) et le « noyau dur » du droit du travail français (C).

A- Les opérations de détachement couvertes

8. Au lieu de l'expression générale de l'article D341-5 appliquant le régime du détachement aux entreprises non établies en France effectuant sur le territoire national une prestation de services exécutée dans le cadre d'un contrat d'entreprise, d'un contrat de mise à disposition au titre du travail temporaire ou de toute autre mise à disposition du salarié, l'article L. 342-1 nouveau détache trois hypothèses.

9. Première hypothèse, un employeur établi hors de France peut détacher temporairement des salariés sur le territoire français, pour son compte et sous sa direction, dans le cadre d'un contrat conclu entre celui-ci et un destinataire établi ou exerçant en France. Cette hypothèse correspond à la situation de l'entreprise établie à l'étranger qui, ayant conclu un contrat de prestation de services avec une entreprise située en France (par exemple, suite à un appel d'offre), détache ses collaborateurs pour exécuter le marché. Elle reprend fidèlement l'article 1^{er} §3, a) de la directive 96/71. Le scénario peut se compliquer lorsque le prestataire cocontractant fait appel à des filiales ou à des sous-traitants, établis également à l'étranger, pour exécuter le contrat. C'est ce modèle que France Telecom a suivi dans un montage auquel les médias ont accordé une large publicité pour stigmatiser les défauts que peut revêtir la mobilité internationale de main-d'œuvre²⁷, les salariés portugais travaillant en France pour l'exécution du contrat de prestation de services, si l'on en croit la presse, pour un salaire minimum deux fois inférieurs au SMIC et 60 heures par semaine. Dans ce type de montage qui encourage (organise ?) la dilution des responsabilités (particulièrement à l'égard du destinataire de services, qui « fait confiance » à son cocontractant pour le respect des normes sociales applicables aux salariés qui, en bout de chaîne, exécutent le travail), il est encore plus difficile de contrôler le bon respect des normes relatives au détachement.

La première hypothèse comporte une seconde branche : le détachement peut avoir lieu entre établissements d'une même entreprise ou entre entreprises d'un même groupe. Cette éventualité,

²⁴ Sur la genèse de cet article et son analyse, S. HENNION-MOREAU, article préc.

²⁵ Décret n°94-573, JO 12 juillet p.10041.

²⁶ Décret n°2000-861, JO 6 septembre p.13893.

²⁷ Le contrat en question liait France Telecom à une société portugaise qui, pour faire exécuter les prestations (pose de poteaux électriques), recourrait aux services d'une autre société filiale de son groupe portugais. Voir *Le Monde*, 18 mai 2005.

jusqu'à présent ignorée par le droit français, transcrit un cas implicitement prévu par l'article 1^{er} §3, b) de la directive. Les détachements intra-groupes étant une pratique courante, il est heureux que l'article L342-1 nouveau les appréhende clairement. Ces détachements peuvent reposer sur la nécessité d'optimiser l'utilisation des compétences du personnel de haut niveau ; ils peuvent aussi, autre exemple, s'expliquer par l'intérêt administratif ou fiscal qu'il y a pour une entreprise à créer une filiale dans un pays où elle doit exécuter un important contrat²⁸. Mais ils correspondent parfois à des choix stratégiques consistant pour une entreprise établie en France à créer une filiale ou un établissement dans un autre Etat membre *aux fins* de détacher du personnel vers la France, à moindre coût social. Ces pratiques de délocalisation se développent, notamment dans le secteur du transport routier²⁹. Il est vraisemblable que ce sont ces pratiques qui ont incité le législateur à agir.

10. Deuxième hypothèse, une entreprise exerçant une activité de travail temporaire établie hors du territoire français peut détacher temporairement des salariés auprès d'une entreprise utilisatrice établie ou exerçant sur le territoire national. Déjà envisagée par l'article D341-5, cette possibilité est une transposition exacte de l'article 1^{er} §3, c) de la directive 96/71. La mise à disposition de main-d'œuvre étant un service au sens des dispositions du traité³⁰, il est logique de retrouver les détachements opérés par les entreprises de travail temporaire dans le champ de la directive. Cette pratique, déjà courante, est parfois utilisée par des entreprises de travail temporaire qui, profitant du manque d'harmonisation des législations sociales nationales, sont établies de l'autre côté des frontières françaises et font de l'envoi de travailleurs temporaires vers la France leur activité principale. Dans ce type de schéma, la loi n'aura de sens que s'il est possible de tracer la limite entre ce qui relève de l'instrumentalisation de la loi (non répréhensible) et de l'abus de droit.

11. Selon la dernière hypothèse, un employeur établi hors de France peut également détacher temporairement des salariés sur le territoire national pour réaliser une opération pour son propre compte, sans qu'il existe un contrat entre celui-ci et un destinataire. Cette hypothèse, qui vise des situations aussi diverses que l'envoi de salariés en France pour réaliser des coupes de bois après l'achat de plantations par l'entreprise établie à l'étranger ou l'envoi de travailleurs pour procéder au démontage d'une usine française rachetée par une entreprise étrangère en vue de sa réinstallation à l'étranger³¹, a pour particularité de ne pas faire partie des cas de détachement envisagés par l'article 1^{er} §3 de la directive. Cela ne signifie pas qu'elle constitue, *per se*, une violation du droit communautaire. En effet, la directive 96/71 ne fait qu'encadrer certaines situations de détachement de salariés dans le cadre de prestations de service. Les autres relèvent tout naturellement des dispositions du traité sur la libre prestation des services. C'est donc l'étude de la jurisprudence de la CJCE qui permettra de dire si, en fonction des circonstances particulières, l'application du noyau dur français aux travailleurs détachés en France, qui constitue une entrave à la libre prestation des services, peut être justifiée³².

12. Quelle que soit l'hypothèse dans laquelle le détachement se réalise, un contrat de travail doit exister entre l'employeur et le salarié détaché, et doit être maintenu pendant la période du détachement. L'existence d'une relation de travail est un élément essentiel du détachement³³ que l'article L342-1 nouveau souligne au même titre que l'article 1^{er} de la directive 96/71. La relation de travail doit être éprouvée à partir d'un lien de subordination juridique tel que le droit français

²⁸ M.-A. MOREAU, Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne, préc.

²⁹ Contre le cabotage « frauduleux », le droit français a pris d'autres dispositions énergiques. Pour des exemples de pratiques de détachement destinées à contourner le code du travail français, V. DEVILLECHABROLLE, Un étranger détaché, ça coûte moins cher qu'un salarié, LS magazine, septembre 2003, p.34.

³⁰ CJCE 17 décembre 1981, *Webb*, préc.

³¹ Ces exemples figurent dans le rapport de l'Assemblée Nationale, n°2429 du 29 juin 2005, S. POIGNANT et L.-M. CHATEL.

³² Sur cette jurisprudence, voir infra n°21 et s.

³³ P. RODIERE, ouvrage préc., n°559.

le définit³⁴. La Cour donne également quelques indications sur la nature de cette relation de travail : le détachement implique le maintien d'un lien organique entre le travailleur et l'entreprise qui l'a détaché, lien organique caractérisé par un faisceau d'indices tels que la responsabilité en matière de recrutement, de contrat de travail, de licenciement et de pouvoir de déterminer la nature du travail³⁵.

13. Autre élément transversal, le détachement doit être temporaire. La précision peut sembler superflue dans la mesure où, par définition, tout détachement est temporaire³⁶. La directive 96/71 évoque d'ailleurs le détachement sans autre indication temporelle³⁷. Cette mise en valeur par la loi française du caractère temporaire, qui réapparaît lors de la définition du salarié détaché, exprime les craintes des autorités françaises vis-à-vis des « faux détachements », mais elle n'apporte pas grand-chose sur le plan juridique. Elle ne répond pas non plus à la question essentielle : quelle est la durée au-delà de laquelle il n'y a plus détachement ? Cette question se pose dans des termes proches dans la convention de Rome qui retient comme rattachement objectif, dans l'hypothèse où les parties n'ont pas choisi la loi applicable au contrat, la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est *détaché à titre temporaire* dans un autre pays (art.6§2, a). A la sécurité (fixation d'une durée précise), la convention de Rome a donc préféré la souplesse et la confiance aux juges³⁸. En réponse, la Cour de cassation a affirmé (avant même l'application de la convention de Rome) qu'un séjour de 15 ans en France n'équivalait pas à un détachement temporaire³⁹, ni même un détachement de 7 ans pour les juges d'appel⁴⁰. Les juges du fond demeurent souverains dans cette appréciation qui, plus que sur l'élément objectif de la durée, doit se fonder sur l'intention des parties. Il reste à savoir si, dans le cadre de l'article L342-2 nouveau (et à la lumière des exigences du traité sur la libre prestation des services), cette jurisprudence est transposable. En ne donnant aucun indice sur ce que peut être la durée du détachement, la directive 96/71 n'est d'aucune utilité et suit également la voie de la souplesse. En filigrane, la réflexion sur la durée du détachement pose une autre question, celle de la coordination des définitions du détachement au sens de la convention de Rome et au sens de l'article L342-2 nouveau via la directive 96/71⁴¹.

14. Enfin, dès lors qu'il y a opération de détachement au sens de l'article L342-1 nouveau, le principe cardinal de l'égalité de traitement entre entreprises françaises et entreprises établies sur le territoire d'un autre Etat membre s'applique : « *Les obligations et interdictions qui s'imposent aux entreprises françaises lorsqu'elles font appel à des prestataires de services, notamment celles prévues par l'article L325-1, s'appliquent dans les mêmes conditions lorsque les prestations de services sont réalisées par des entreprises établies hors de France détachant du personnel sur le territoire français, selon des modalités définies par*

³⁴ Voir circulaire DRT n°94-18 du 30 décembre 1994 (préc.). L'article 2§2 de la directive énonce que « la notion de travailleur est celle qui est d'application dans le droit de l'Etat membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché ». Sur la notion de salarié détaché, voir infra n°15.

³⁵ Par ex. CJCE 10 février 2000, aff. C-202/97, *Fitzwilliam* : rec.I-883, RJS 5/00 n°604. Ces critères sont cependant issus du règlement 1408/71 (détachement en matière de sécurité sociale) et non de la directive 96/71.

³⁶ Ph. Coursier, Le conflit de lois en matière de contrat de travail, thèse LGDJ, 1993, n°243 ; J.-Cl. Travail, fasc.94-10, n°38.

³⁷ Néanmoins, le caractère temporaire est présent dans la définition du salarié détaché, qui exécute son travail sur le territoire d'un autre Etat membre « pendant une période limitée ». Voir infra n°17.

³⁸ Pour une présentation des opinions doctrinales et des références complètes, H. GAUDEMET-TALLON, note sous CA Paris 7 juin 1996, *Boikov c/ Black Sea and Baltic General Insurance Company Ltd* : RTDE 1996 p.785 (sous cet arrêt, voir aussi RCDIP 1997 p.55, note M.-A. MOREAU ; RJS 4/97 n°385).

³⁹ Cass. soc. 9 octobre 2001, *Campos C/ Ste Banco de la Nation Argentino* : Dr. soc. 2002 p. 121, obs. M.-A. MOREAU ; RJS 12/01 n°1404. Rapprocher Cass. soc. 17 décembre 1997, *Cie Nationale de transports aériens Royal Air Maroc c/ Jalal* : RJS 2/98 n°150.

⁴⁰ CA Paris 19 mars 2002, n°01-36634 *Bank Sepab c/ M. Ashtari Larki* (l'arrêt « s'inspire » explicitement de l'article 6 de la convention de Rome). Voir aussi CA Paris 8 octobre 1996, *Ferwerda c/ BNP* : RJS 4/97 n°386, note J. Déprez p.235.

⁴¹ Le fait que la CJCE puisse désormais être saisie dans le cadre de renvois préjudiciels de l'interprétation de la convention de Rome devrait aider à résoudre ces difficultés de coordination (premier protocole concernant l'interprétation par la CJCE de la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles, entré en vigueur le 1^{er} août 2004, voir décret n° 2005-17 du 5 janvier 2005).

décret en Conseil d'Etat » (art.L342-5 nouveau). Cet article vise à responsabiliser les entreprises françaises sur les risques qu'elles encourent en cas d'infractions constitutives de travail illégal.

B- La définition du salarié détaché

15. Le code du travail ne définissait pas le salarié détaché. Pour combler cette lacune, l'article L342-2 nouveau affirme qu'« *est un salarié détaché au sens du présent chapitre tout salarié d'un employeur régulièrement établi et exerçant son activité hors de France et qui, travaillant habituellement pour le compte de celui-ci, exécute son travail à la demande de cet employeur pendant une durée limitée sur le sol français dans les conditions définies à l'article L. 342-1* ». Inspirée de l'article 2 de la directive 96/71⁴², la définition française est néanmoins plus riche.

Par rapport à la directive, elle indique que l'employeur doit être régulièrement établi dans son pays d'origine, c'est-à-dire réponde aux formalités légales d'immatriculation, peu importe leur statut juridique. Cette situation doit être préalable à l'exécution de la prestation de services. Vœu légitime, mais qui dépend d'une coopération efficace avec les administrations étrangères. Autre ajout, l'employeur doit exercer son activité hors de France. Cette exigence doit permettre de neutraliser les activités organisées aux seules fins du détachement vers la France, et qui n'ont aucune consistance dans l'Etat d'établissement autre qu'administrative. Une activité exercée de manière permanente sur le territoire d'un Etat membre et entièrement ou principalement tournée vers celui-ci ne relève d'ailleurs pas de la libre prestation des services, mais de la liberté d'établissement, et à ce titre obéit entièrement à la réglementation du lieu d'établissement⁴³. Là encore, les difficultés vont se cumuler : défaut de coopération entre administrations nationales, volatilité des sociétés qui peuvent naître et disparaître aussi vite après l'exécution d'un marché, cascade de sociétés écrans et de sous-traitants qui s'interposent dans la prestation de services, rendront ardue la recherche de preuves.

16. En exigeant que le salarié détaché travaille habituellement pour le compte de l'employeur, l'article L342-2 nouveau (à l'instar de la directive) entend lutter contre des pratiques consistant pour des entreprises étrangères à recruter uniquement aux fins de détachement en France, tout particulièrement lorsque la relation de travail ne survit pas au marché pour lequel le collaborateur a été recruté. Outre les difficultés de preuve, on peut s'interroger sur la portée exacte de l'exigence d'un « travail habituel pour le compte de l'employeur ». A notre sens, le droit communautaire (libre prestation des services) s'opposerait à ce que le droit français écarte systématiquement du dispositif du détachement transnational des travailleurs les salariés qui, à la suite de leur recrutement, seraient envoyés en France⁴⁴. Rien n'indique en effet que de tels salariés n'ont pas vocation, pour l'avenir, à continuer à travailler pour le compte de l'employeur qui les a détachés. Ce qui importe, c'est que la relation de travail se soit nouée avant le détachement et qu'elle se poursuive ensuite avec l'employeur. Le détachement est en effet lié à l'idée de retour⁴⁵. A supposer même que le principe d'une antériorité au service de l'employeur puisse être admis, il faudrait arriver à s'entendre sur la quantification de cette durée qui, de toute façon, passerait au tamis des règles sur la libre prestation des services.

17. Le caractère opératoire du texte est également soulevé à propos de l'article L342-2 nouveau lorsqu'il associe un salarié détaché à une personne qui exécute son travail « pendant une durée limitée sur le sol français ». Le Parlement n'a fait que transposer prudemment l'article 2 de la

⁴² Sur une présentation des contours du salarié détaché, M.-A. MOREAU, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, préc.

⁴³ CJCE 3 décembre 1974, aff.33/74, *Van Binsbergen* : rec.1299

⁴⁴ Comp. la circulaire 94-18 (préc.) selon laquelle la relation de travail doit s'être nouée antérieurement au détachement (point I.2.3).

⁴⁵ En ce sens, voir par exemple J. PELISSIER, A. LYON-CAEN, A. JEAMMAUD, E. DOCKES, *Les grands arrêts de droit du travail*, Dalloz, 3^e éd., 2004, p.59

directive⁴⁶ et n'est pas responsable de l'imprécision du texte. Cela veut-il cependant dire que, dans l'esprit du législateur, le « détachement » qui dépasserait cette durée limitée relèverait entièrement du droit du travail français ? Ce serait une conclusion hâtive qui ne tiendrait pas compte des règles propres à la convention de Rome⁴⁷. A tout le moins, l'interprétation de la notion de « durée limitée » devra être en phase avec la notion de prestation des services au sens du droit communautaire.

C- Le « noyau dur » du droit du travail français

18. L'article 3 de la directive, intitulé « conditions de travail et d'emploi », dispose dans son §1 que les Etats membres veillent à ce que, *quelle que soit la loi applicable à la relation de travail*, les entreprises garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire les conditions de travail et d'emploi concernant les matières suivantes : a) les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos; b) la durée minimale des congés annuels payés; c) les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires; le présent point ne s'applique pas aux régimes complémentaires de retraite professionnels; d) les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire; e) la sécurité, la santé et l'hygiène au travail; f) les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes; g) l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination.

Défini par le 13^e considérant de la directive comme un « *noyau dur de règles impératives de protection minimale* », cet ensemble a pour avantage de lever certaines difficultés inhérentes à la définition des lois de police dont l'application est prévue par l'article 7 de la convention de Rome⁴⁸. Pour mettre en œuvre ce dispositif conventionnel, il revient en effet à chaque juge national de s'interroger sur son propre droit afin de savoir si telle ou telle disposition de son système juridique doit être traitée comme une loi de police. Or il s'agit d'un concept glissant : variable selon les Etats, il n'obéit pas toujours à un contenu bien arrêté au sein de chaque droit national. C'est le cas en droit français⁴⁹, où le contour des lois de police est indéfini⁵⁰. La liste de l'article 3§1 présente donc l'avantage de désigner, dans le champ d'application de la directive 96/71, un noyau de règles impératives et simplifie de ce fait la tâche du juge national qui n'a plus à s'interroger sur la notion de loi de police au sens de l'article 7 de la convention de Rome⁵¹. Cette mécanique, qui donne priorité au droit communautaire sur la convention de Rome, est conforme aux textes concernés⁵². La loi du 2 août 2005 démontre cependant que toutes les questions ne sont pas réglées, car le noyau dur de la directive 96/71 n'est pas dépourvu d'élasticité. Le législateur français a voulu tirer parti de cette propriété, avec un bonheur relatif.

1. Les libertés prises par la loi du 2 août 2005 par rapport au noyau dur de la directive

⁴⁶ Seule différence qui ne prête à aucune conséquence, la directive évoque une « période limitée », et non pas une « durée limitée ».

⁴⁷ Voir supra n°13.

⁴⁸ L'article 7 de la convention de Rome permet que soit donné effet, concurremment à la loi déclarée applicable au contrat de travail, aux règles de police de la loi du lieu d'exécution de la prestation de travail.

⁴⁹ Sur les incertitudes liées au domaine des lois de police, G. et A. LYON-CAEN, *Droit social et international européen*, Dalloz, 8^e éd., 1993, n°35 et 36. Sur les lois de police en droit du travail, voir *Les grands arrêts de droit du travail*, préc., p.63.

⁵⁰ Voir, par ex., la conception des lois de police présentée par Ph. Coursier (in J.-Cl. Travail, fasc. 94-10, n°59 et suiv.

⁵¹ M.-A. MOREAU, art. préc.

⁵² L'article 20 de la convention dispose, conformément au principe de priorité du droit communautaire, que la convention ne préjuge pas l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de loi en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenus dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes. Le principe rappelé par le considérant n°11 de la directive 96/71.

19. La loi du 2 août 2005 s'affranchit du cadre de la directive de deux manières. D'une part, elle confère une portée plus large à l'introduction des conventions collectives dans le noyau dur. En effet, alors que l'article 3§1 de la directive prévoit que les conventions collectives du seul secteur de la construction⁵³ entrent dans le champ *ratione materiae* de la directive, l'article L342-3 nouveau soumet les employeurs établis à l'étranger aux dispositions conventionnelles applicables aux salariés employés par les entreprises de la même branche d'activité établies en France⁵⁴. Néanmoins, la loi française n'est pas en porte-à-faux avec la directive qui ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres impose aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres Etats, d'une façon égale, des conditions de travail et d'emploi fixées dans des conventions collectives et concernant toute branche d'activité (art. 3§10). La démarche française se comprend car les salaires minima sont souvent fixés par voie conventionnelle⁵⁵.

D'autre part, la composition du noyau dur est plus riche d'après la loi du 2 août 2005 que dans l'article 3§1 de la directive. Alors que le noyau dur était jusqu'à présent éparpillé dans les articles D341-5 et suivants du code du travail, rédigés de surcroît selon un système de renvoi qui affaiblissait la portée des obligations créées, l'article L342-3 nouveau en ramasse les éléments et leur confère une valeur légale⁵⁶. Lorsque la loi quinquennale du 20 décembre 1993 a été votée, les articles D341-5 et suivants retenaient déjà une conception large du noyau dur⁵⁷, au risque de jouer avec le concept de loi police au sens de la convention de Rome⁵⁸. Avec la loi nouvelle, les difficultés d'articulation avec le droit communautaire se font très visibles.

Parmi les éléments cités dans l'article L342-3 nouveau qui ne figurent pas dans le cadre général de la directive, certains ne posent pas de problèmes. Ainsi, la protection de la maternité, le congé maternité et de paternité, cités par la loi, renvoient à la partie « égalité de traitement entre les hommes et les femmes » de la directive. L'âge d'admission au travail, l'emploi des enfants, la durée du travail et le travail de nuit des jeunes travailleurs se rapportent aux mesures protectrices en matière de conditions de travail et d'emploi en faveur des jeunes et des enfants. De même, la surveillance médicale peut être reliée aux mesures de santé, de sécurité et d'hygiène au travail.

Les ajouts à la liste de la directive sont plus délicats. L'article L342-3 nouveau, qui sera complété par un décret en Conseil d'Etat, inclut ainsi dans le noyau dur les libertés individuelles et collectives dans la relation de travail, l'exercice du droit de grève, les jours fériés, les conditions d'assujettissement aux caisses de congés et d'intempéries, les congés pour événements familiaux, ou encore le travail illégal. Il s'agirait, selon les travaux parlementaires, d'ajouter des « règles

⁵³ Il s'agit de toutes les activités qui relèvent du domaine de la construction. Un total (non exhaustif) de 13 activités est cité, couvrant la réalisation, la remise en état, l'entretien, la modification ou l'élimination de constructions.

⁵⁴ L'article 3§8 de la directive définissant les conventions collectives comme celles déclarées d'application générale, il ne peut s'agir que des conventions collectives étendues. Voir P. RODIERE, ouvrage préc., n°560. Voir aussi l'article D341-5-1 du code du travail et les explications de la circulaire DRT n°94-18 du 30 décembre 1994 (préc.).

⁵⁵ Sur l'application des conventions collectives de l'Etat d'accueil aux salariés détachés, voir M.-A. MOREAU, note sous CJCE 25 octobre 2001, *Finalarte*, préc.

⁵⁶ Au sens de l'article L342-3, le noyau dur comprend : les libertés individuelles et collectives dans la relation de travail, l'exercice du droit de grève ; la durée du travail, le repos compensateurs, les jours fériés, les congés annuels payés, les congés pour événements familiaux, les congés de maternité, les congés de paternité, les conditions d'assujettissement aux caisses de congés et d'intempéries ; le salaire minimum et paiement du salaire, y compris les majorations pour les heures supplémentaires ; les conditions de mise à disposition et garanties dues aux travailleurs par les entreprises exerçant une activité de travail temporaire ; les règles relatives à la sécurité, la santé, l'hygiène au travail et la surveillance médicale ; la discrimination et égalité professionnelle entre les femmes et les hommes, la protection de la maternité, l'âge d'admission au travail, l'emploi des enfants, la durée du travail et le travail de nuit des jeunes travailleurs ; le travail illégal.

⁵⁷ Cette conception fait écho à l'article L341-5 qui citait, dans la composition du noyau dur, la rémunération, la durée du travail et les conditions de travail. Sur une présentation détaillée de ce noyau dur, voir circulaire DRT n°94-18 du 30 décembre 1994 (préc.).

⁵⁸ Il résulte de l'article 7 de la convention de Rome que, nonobstant la loi choisie par les parties, l'Etat où s'effectue la prestation peut imposer certaines de ses règles à une relation de travail en principe soumise à un autre droit, à condition que les règles ainsi imposées aient le caractère de lois de police. C'est dans ce cadre qu'a entendu se situer l'article L341-5 du code du travail. Selon l'administration, les articles D341-5-1 et suiv. procèdent à « une définition réglementaire des lois de police » (circulaire DRT n°94-18 du 30 décembre 1994, préc.).

impératives jugées d'ordre public » et renvoyant, pour les libertés individuelles et collectives dans la relation de travail, « à un principe de valeur constitutionnelle »⁵⁹. Dans cet ensemble, il faut faire une place à part aux libertés individuelles et collectives, qui reflètent les préoccupations contemporaines exprimées à l'article L120-2 du code du travail, et qui ouvrent des possibilités dont il est très difficile de mesurer les frontières.

L'article L342-3 nouveau procède également à quelques ajouts discrets, mais parfois de poids. Alors que la directive parle de « taux de salaire minimal », la loi évoque le « salaire minimum et paiement du salaire » ; la durée minimale des congés annuels payés devient « les congés annuels payés » ; *idem* pour les « conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire », qui deviennent dans la loi les « conditions de mise à disposition et garanties dues aux travailleurs par les entreprises exerçant une activité de travail temporaire »⁶⁰. Enfin, quand la directive intègre dans le noyau dur « les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos », l'article L342-3 répond par « durée du travail » (expression qui peut renvoyer à un contenu vaste⁶¹) et par « repos compensateurs ».

20. Les différences de rédaction entre la loi et la directive conduisent à s'interroger sur la conformité de la première à la seconde. Tout particulièrement, le droit interne peut-il prévoir d'autres normes sociales impérativement applicables et aller au-delà du noyau dur communautaire, sans la violer la directive ? Sur le principe, la réponse est positive. La liste de l'article 3 de la directive 96/71 n'est en effet pas fermée⁶². D'une part, hors du champ d'application de la directive⁶³, la mécanique de la convention de Rome cesse d'être paralysée. Un Etat serait donc en mesure de se prévaloir de l'article 7 de la convention pour justifier, au titre des lois de police, l'extension du noyau dur. Mais surtout, pour satisfaire certains pays, dont la France, il est admis que la directive ne fait pas obstacle à ce que les Etats membres imposent des conditions de travail et d'emploi autres que pour les matières énumérées dans le noyau dur de l'article 3§1, « dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public » (art.3§10)⁶⁴. Cette brèche risque de poser des problèmes quasiment insolubles de mise en œuvre, liés à l'insaisissable définition de l'ordre public (dans l'ordre communautaire et en droit français) et aux débats qui entourent cette notion-clé des rapports de travail.

Afin de garantir une application uniforme du droit communautaire dans les Etats membres et en vertu du principe de primauté de celui-ci, il apparaît que la notion d'ordre public doit être mesurée en fonction des critères dégagés au niveau communautaire. Il convient ainsi de se reporter à la déclaration n°10 du Conseil et de la Commission adoptée lors du vote de la directive : l'expression « dispositions d'ordre public » doit être considérée « *comme couvrant celles des dispositions obligatoires à l'égard desquelles on ne peut pas déroger et qui, par leur nature et leur objectif, répondent aux exigences impératives de l'intérêt public. Ces dispositions peuvent inclure, en particulier, l'interdiction du travail forcé ou l'implantation d'autorités publiques dans la surveillance du respect de la législation concernant les conditions de travail* ». Les critères de l'ordre public, tels que posés par le juge communautaire, apportent également des indices, même si ces décisions n'ont pas été rendues dans le contexte de

⁵⁹ Rapport A.N. 29 juin 2005, S. POIGNANT et L.-M. CHATEL.

⁶⁰ Sur le détail des règles applicables aux salariés détachés en France par une entreprise de travail temporaire, dans le contexte de l'article L341-5 du code du travail, voir circulaire DRT n°94-18 du 30 décembre 1994, préc.).

⁶¹ Rapp. la position de l'administration qui considère que les salariés détachés bénéficient du repos hebdomadaire dans les mêmes conditions que les salariés occupés dans des établissements français (circulaire DRT n°94-18 du 30 décembre 1994, préc.).

⁶² Voir, en ce sens, M.-A. MOREAU, article préc.

⁶³ Par exemple, pour les relations collectives de travail.

⁶⁴ Par ailleurs, l'article 3§1 ne fait pas obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs que celles en vigueur dans le pays d'exécution temporaire de travail (art.3§7) Sur le principe de faveur, N. MOIZARD, Droit du travail et protection nationale renforcée, PUAM, 2000.

la directive 96/71⁶⁵. Selon la Cour de justice, le fait d'invoquer l'ordre public doit être justifié par des raisons impérieuses d'intérêt général, suppose l'existence d'une menace réelle et suffisamment grave affectant un intérêt fondamental de la société et doit être conforme aux principes généraux du droit⁶⁶. On doit aussi se référer, comme le législateur français a semblé le faire, à l'opinion du groupe d'experts européens qui a préparé la transposition de la directive, selon lequel l'article 3§10 couvrirait les droits et libertés fondamentales consacrés par la législation de l'Etat d'accueil et/ou par le droit international, et notamment la liberté syndicale et le droit de négociation collective, l'interdiction du travail forcé. On le voit, même si les instruments communautaires ne dessinent pas un contenu précis et exhaustif de l'ordre public, il est manifestement restreint. La notion d'ordre public est d'interprétation stricte et ne peut être unilatéralement déterminée par chaque Etat membre⁶⁷.

L'analyse de la notion d'ordre public, du point de vue du droit français, conserve une certaine importance. Outre qu'en pratique on peut suspecter que les juges français ne s'inspireront pas systématiquement de la vision communautaire de l'ordre public, la CJCE leur attribue (comme à tous les juges nationaux) une marge d'appréciation. Malheureusement, on sait que le droit du travail français n'a pas de position claire sur la notion d'ordre public⁶⁸. L'ordre public interne soulève des problèmes de délimitation, qui sont notamment fonction du rôle conféré à la loi par rapport à la norme collective. Il serait, en tout état de cause, contraire au droit communautaire de considérer que les dispositions d'ordre public au niveau national répondent à la définition de l'ordre public au sens de l'article 3§10 de la directive 96/71. Quant à l'ordre public international, auquel le détachement transnational de travailleurs fait donc écho, il pose des difficultés similaires à l'ordre public interne. Il ne s'agit pas, d'abord, de le confondre avec les lois de police⁶⁹. Il doit être appliqué « *lorsque la loi étrangère conduit à une solution incompatible avec les principes d'organisation politique et sociale en vigueur dans son pays* »⁷⁰. Autant dire dans des cas exceptionnels.

Tant en raison de la difficulté de saisir ce qu'est l'ordre public au sens du droit communautaire (sans compter le sens particulier qui pourrait lui être donné dans le cadre de la directive 96/71) et en droit interne, mais aussi en raison de l'incertitude entourant la possibilité de recourir au concept de loi de police (au sens de l'article 7 de la convention de Rome) lorsqu'on sort du champ d'application de la directive, il est très difficile de donner un avis tranché sur la conformité de l'article L342-3 nouveau par rapport aux possibilités ouvertes aux Etats par l'article 3§10. Il se peut surtout que cette discussion masque la vraie question qu'un juge français devra se poser pour apprécier la conformité au droit communautaire d'un élément du noyau dur français : le droit national est-il conforme à la libre prestation des services, en tant que liberté fondamentale du traité ?

2. Le noyau dur est-il conforme aux principes de la libre prestation des services ? La jurisprudence de la CJCE sur le détachement dans le cadre d'une prestation de services

⁶⁵ L'article 3§10 précise que le recours à l'ordre public doit se faire « dans le respect du traité ». En ce sens, Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions sur la mise en œuvre de la directive 96/71 dans les Etats membres, 25 juillet 2003, Com (2003) 458 final.

⁶⁶ Voir Communication de la Commission, préc.

⁶⁷ Par ex., CJCE 4 décembre 1974, aff.41/74, Van der Duyn : rec.1337.

⁶⁸ Sur les différentes approches de l'ordre public, on renverra notamment à G. LYON-CAEN, Du rôle des principes généraux du droit civil en droit du travail, RTD civ. 1974 p.244 ; G. COUTURIER, L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve, mël. J. FLOUR, 1979, p.95 ; F. GAUDU et R. VATINET, Les contrats de travail, in traité des contrats, LGDJ, 2001, n°6 et s. ; M. BONNECHERE, L'ordre public au sens du droit du travail, JCP 1974, éd.CI, 11604 L. ROZES, Remarques sur l'ordre public en droit du travail, Dr. Soc. 1977 p.311.

⁶⁹ En ce sens, G. et A. LYON-CAEN, Droit social et international européen, préc., n°35 à 37. Voir aussi Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL et P. de VAREILLES-SOMMIERES, droit international privé, Dalloz, 8^{ème} éd., 2004, n°129 ; H. BATIFFOL et P. LAGARDE, traité de droit international privé, tome 1, LGDJ, 8^{ème} éd., 1993, n°354 et s. Sur la distinction entre loi d'ordre public en droit interne et loi de police en droit international, Cass. com. 28 novembre 2000, bull. IV n°183, pourvoi n°98-11335.

⁷⁰ G. et A. LYON-CAEN, Droit social et international européen, préc., n°37.

21. L'article L342-3 nouveau n'est compatible avec le droit communautaire que s'il se conforme aux principes fondamentaux du traité relatifs à la libre prestation des services⁷¹. En effet, l'activité consistant pour une entreprise à mettre à disposition contre rémunération de la main-d'œuvre sans qu'aucun contrat de travail ne soit conclu avec l'utilisateur constitue un service soumis aux articles 49 et 50 du traité⁷². Il est de jurisprudence constante qu'une entreprise établie dans un Etat membre qui fournit des services dans un autre Etat membre peut se déplacer avec son propre personnel pour la durée des travaux concernés, la question relevant de la libre prestation des services et non de la libre circulation des travailleurs⁷³.

Or, confronter l'article L342-3 nouveau aux dispositions du traité sur la libre prestation des services, qui neutralisent la directive 96/71, conduit à s'interroger sur la totalité du noyau dur français. Une disposition de droit interne pourrait en effet se révéler compatible avec la directive 96/71 (parce qu'elle entre dans la liste de l'article 3 de la directive ou parce qu'elle est d'« ordre public »), mais pas avec les articles 49 et 50 du traité. Et inversement.

22. La Cour a construit progressivement une jurisprudence relative au détachement de travailleurs dans le cadre de prestations de services sur les fondements des articles 49 et 50 du traité, jurisprudence qui s'applique tout autant aux dispositions de droit interne d'origine légale que conventionnelle. L'entrée en vigueur, puis l'expiration de la période de transposition de la directive 96/71, n'ont pas semblé influencer le cours de cette jurisprudence⁷⁴. Il est vrai aussi que la portée des deux dispositifs n'est pas identique. Alors que la directive 96/71 impose aux Etats membres d'accueil l'application d'un noyau dur de normes sociales aux travailleurs détachés sur leur sol, les dispositions du traité sur la libre prestation des services reconnaissent à ces Etats *la faculté* de leur imposer des normes sociales locales, dont les contours sont dessinés au fil de la jurisprudence. Il est de ce fait concevable qu'en dehors du noyau dur qui s'impose aux Etats au titre de la directive 96/71, et sans avoir à se référer à l'ordre public, les Etats envisagent l'application d'autres normes sociales. Les arrêts successifs donnent des indications sur les marges de manœuvre des Etats.

23. La libre prestation des services ayant pour but de rendre possible au prestataire l'exercice de son activité dans l'Etat destinataire de la prestation, il est exclu que la législation sociale de l'Etat membre où s'exécute la prestation s'applique intégralement. Cela reviendrait à priver de tout effet utile la liberté de prestation de services⁷⁵. La libre prestation de services, en tant que principe fondamental du traité, ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par l'intérêt général et incombant à toute personne ou entreprise exerçant sur le territoire de l'Etat où la prestation a lieu, dans la mesure où cet intérêt n'est pas sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'Etat membre où il est établi⁷⁶. Formule clé qui interdit les pratiques discriminant les prestataires établis dans un autre Etat membre en raison de leur nationalité, mais également les restrictions de nature à prohiber ou à gêner davantage les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues⁷⁷.

⁷¹ Art.49, al.1 et art.50 du traité.

⁷² CJCE 17 décembre 1981, *Webb*, préc. Voir aussi, par ex., CJCE 9 août 1994, aff.C-43/93, *Vander Elst*: rec.I-3803, RJS 12/94 n°1446.

⁷³ CJCE 27 mars 1990, aff.C-113/89, *Rush Portuguesa*: rec.I-1417, RTD Eur. 1990 p.632 note P. RODIERE.

⁷⁴ CJCE 12 octobre 2004, *Wolff et Müller*, préc.

⁷⁵ Par ex., CJCE 9 août 1994, *Vander Elst*, préc. ; CJCE 26 février 1991, aff.C-154/89, *Commission/France* : rec. I-659.

⁷⁶ CJCE 17 décembre 1981, *Webb*, préc.. Cette formule a été reprise dans d'autres décisions : CJCE 26 février 1991, aff.C-180/89, *Commission/Italie* : rec.I-709 ; CJCE 26 février 1991, aff.C-198/89, *Commission/Grèce* : rec.I-727 ; CJCE 9 août 1994, *Vander Elst* ; CJCE 28 mars 1996, aff.C-272/94, *Gniot* : rec.I-1905 ; CJCE 15 mars 2001, aff.C-165/98, *Mazzoleni* : RJS 6/01 p.487, notre chron.

⁷⁷ CJCE 9 août 1994, *Vander Elst*, préc. ; CJCE 25 juillet 1991, aff.C-76/90, *Saeger* : rec.I-4221.

24. C'est donc par rapport à d'éventuelles justifications d'intérêt général que la possibilité de soumettre les travailleurs détachés à la législation sociale de l'Etat d'accueil est évaluée. La protection des travailleurs figure parmi les raisons d'intérêt général⁷⁸. Sur la question la plus sensible, celle des salaires minimaux, la CJCE a paru adopter une position rassurante pour des pays comme la France, inquiets du développement d'une concurrence déloyale par les salaires. Il y a déjà plus de 20 ans, elle a affirmé que « *le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les Etats membres étendent leur législation ou les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux, relatives aux salaires minimaux, à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur leur territoire quel que soit le pays d'établissement de l'employeur* »⁷⁹. Cette affirmation de principe a été étendue à l'ensemble du droit social⁸⁰.

L'arrêt *Seco et Desquenne & Giral* laissait cependant entendre qu'une appréciation des circonstances particulières, tenant à la fois aux caractéristiques de la législation de l'Etat d'origine et de l'Etat d'accueil, était déterminante pour savoir si l'application de la législation sociale de l'Etat d'accueil pouvait être justifiée. Ecartant l'argument fondé sur le fait que la réglementation nationale viserait à compenser les avantages économiques que l'employeur aurait pu tirer de l'inobservation de la réglementation luxembourgeoise en matière de salaire minimal, la CJCE estime que la réglementation luxembourgeoise imposant à des employeurs établis en France le versement de la part patronale des cotisations de sécurité sociale du chef de ses collaborateurs détachés temporairement au Luxembourg est contraire aux dispositions du traité sur la libre prestation des services. En effet, des obligations comparables existent en France et les cotisations versées au Luxembourg n'ouvrant droit à aucun avantage social pour le travailleur. Cette dernière condition a été régulièrement réitérée par la Cour de justice, qui prescrit aux juges nationaux de vérifier si le travailleur bénéficie d'une « *réelle protection additionnelle* »⁸¹ ou d'« *un avantage réel qui contribue, de manière significative, à leur protection sociale* »⁸².

25. Le juge communautaire va graduellement apporter d'autres précisions sur la marge dont possèdent les Etats membres pour l'application de leur législation sociale aux travailleurs détachés sur leur territoire.

Il reconnaît d'abord que les salariés de certains secteurs « sensibles », dont la construction, méritent une protection particulière⁸³. Il écarte ensuite toute justification qui serait fondée sur le caractère de loi de police ou de sûreté des normes de l'Etat d'accueil. Dans l'affaire *Arblade et Leloup* (préc.), un juge belge demandait si les articles 49 et 50 du traité faisaient obstacle à ce que la réglementation locale impose à une entreprise établie en France et exécutant temporairement des travaux de construction en Belgique par l'intermédiaire de salariés détachés, une série d'obligations dont certaines appartiennent en droit belge à la catégorie des lois de police et de sûreté⁸⁴. La Cour de justice, qui prend soin de définir les lois de police comme « *visant des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci* », considère que cette

⁷⁸ Voir par ex. CJCE 3 février 1982 aff.62/81 et 63/81, *Seco et Desquenne & Giral* : rec.223 ; CJCE 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, préc.

⁷⁹ CJCE 3 février 1982, *Seco et S.A Desquenne & Giral*, préc. Dans le même sens, CJCE 9 août 1994, *Vander Elst*, préc. ; CJCE 28 mars 1996, *Guiot*, préc. ; CJCE 23 novembre 1999, aff.C-369 et C-376/96, *Arblade et Leloup* : rec.I-8453.

⁸⁰ Par ex., CJCE 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, préc. ; CJCE 26 février 1991, aff.C-154/89, *Commission/France* : rec.I-659.

⁸¹ CJCE 23 novembre 1999, *Arblade et Leloup*, préc.

⁸² CJCE 25 octobre 2001, aff.C-49/98, *Finalarte* : rec.I-7831, RJS 3/02 p.207, chron. M.-A. MOREAU ; CJCE 24 janvier 2002 aff.C-164/99, *Portugaia Construcoes* : rec.I-787, RJS 4/02 p.302, notre chron.

⁸³ CJCE 28 mars 1996, *Guiot*, préc. ; voir aussi CJCE 23 novembre 1999, *Arblade et Leloup*, préc.

⁸⁴ Payer les travailleurs détachés au niveau de la rémunération minimale fixée par la convention collective de travail belge, verser des cotisations patronales au titre de « timbres-intempéries » et de « timbres-fidélité », établir un règlement du travail, un registre spécial du personnel et un compte individuel, faire tenir les documents sociaux (registre du personnel et comptes individuels) selon des modalités particulières

qualification ne saurait influencer les conditions d'application des dispositions du traité sur la libre prestation des services, sous peine de méconnaître la primauté et l'application uniforme du droit communautaire. Les lois de police et de sûreté obéissent donc au même mode d'évaluation que les autres normes nationales. Elles ne peuvent être opposables aux salariés détachés que si elles reposent sur des raisons impérieuses d'intérêt général.

La Cour insiste également dans cette décision sur la mise en œuvre d'un contrôle de nécessité et de proportionnalité. Il faut que l'application de la réglementation sociale litigieuse de l'Etat d'accueil s'avère à la fois nécessaire par rapport à l'objectif recherché (la protection sociale des travailleurs) et proportionnée à celui-ci. Dans certaines décisions, la Cour n'hésite pas à donner des exemples de réglementations nationales qui seraient moins attentatoires à la libre prestation de services, pour un résultat identique⁸⁵. Le principe de proportionnalité sert ainsi à condamner des réglementations nationales qui imposent aux travailleurs détachés l'accomplissement de différentes formalités, telle que l'obtention d'une autorisation de travail ou la fourniture de documents divers⁸⁶. Dans le même esprit, les dispositions du traité ne s'opposent pas à ce qu'un Etat membre impose à une entreprise établie dans un autre Etat membre et exécutant temporairement des travaux dans le premier Etat de payer à ses travailleurs détachés la rémunération minimale fixée par la convention collective de travail applicable dans le premier Etat membre, « à condition que les dispositions en cause soient suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par un tel employeur, des obligations qu'il devrait respecter ».

26. Une importance toute particulière doit être accordée à un arrêt du 15 mars 2001 relatif à une affaire portant sur le détachement de travailleurs en zone frontalière⁸⁷. Le litige opposait l'administration du travail belge à une entreprise du nord de la France qui faisait travailler en Belgique du personnel de gardiennage dans le cadre d'un contrat d'entreprise. Il était reproché à l'employeur français de rémunérer ses salariés à un niveau inférieur au salaire minimum prévu par la convention collective belge. En imposant le respect de sa réglementation sur les salaires minimaux, le droit belge était-il compatible avec le droit communautaire ?

Répondant sur la base des articles 49 et 50 du traité, la CJCE considère que l'application des règles de l'Etat d'accueil en matière de salaire minimal pourrait s'avérer disproportionnée « lorsqu'il s'agit de salariés d'une entreprise établie dans une région frontalière qui sont amenés à effectuer, à temps partiel et pendant de brèves périodes, une partie de leur travail sur le territoire d'un, voire de plusieurs Etats membres autres que celui d'établissement de l'entreprise ». Pour effectuer le contrôle de proportionnalité, les autorités nationales doivent évaluer « tous les éléments pertinents », ce qui implique « d'une part, qu'elles tiennent compte, notamment, de la durée des prestations de services, de leur prévisibilité, du fait que les employés ont été effectivement déplacés vers l'Etat membre d'accueil ou qu'ils continuent d'être rattachés à la base d'opérations de leur employeur dans son Etat membre d'établissement. D'autre part, afin de s'assurer que la protection dont jouissent les employés dans l'Etat membre d'établissement est équivalente, elles doivent en particulier prendre en considération les éléments liés au montant de la rémunération, la durée du travail à laquelle ce montant se rapporte ainsi que le montant des cotisations sociales et l'incidence de la fiscalité ». La décision laisse sceptique. Même si les prestations de services transnationales en zone frontalière méritent d'être regardées sous un angle particulier, on ne voit pas comment le juge national aura les moyens de mettre en œuvre convenablement les critères que lui propose la Cour de justice.

⁸⁵ CJCE 25 octobre 2001, *Finalarte*, préc.

⁸⁶ CJCE 21 octobre 2004, aff.C-445/03, *Commission c/ Luxembourg* : RJS 3/05 p.189, notre chron. Sur la prohibition des autorisations de travail, voir aussi CJCE 9 août 1994, *Vander Elst*, préc.

⁸⁷ CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni*, préc.

27. Les décisions ultérieures ne sont guère rassurantes quant au caractère opératoire des critères du juge communautaire. Dans une affaire qui opposait des caisses allemandes de congés payés à des entreprises portugaises et britanniques ayant détaché des travailleurs en Allemagne pour exécuter des travaux de construction et qui refusaient de s'acquitter des contributions locales⁸⁸, la Cour prend position sur une réglementation nationale ouvertement destinée à protéger les entreprises locales contre les risques de concurrence venant d'entreprises installées à l'étranger et pratiquant des plus bas salaires. Si « *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* », cela ne veut pas dire qu'une réglementation nationale poursuivant de tels objectifs ne peut pas être rachetée. Elle le sera si elle est justifiée par une raison d'intérêt général, c'est-à-dire si, considérée objectivement, elle promeut aussi la protection des travailleurs détachés. Il faut donc vérifier que des avantages comparables n'existent pas dans l'Etat d'origine, que les travailleurs sont en mesure de faire valoir leur droit à indemnités de congés auprès de la caisse allemande et apprécier si la réglementation nationale est proportionnée à la réalisation de l'objectif de protection des travailleurs, et notamment si l'objectif consistant à accorder des jours de congés plus nombreux ne peut pas être atteint par des règles moins restrictives. Le contrôle de proportionnalité implique de mettre en balance les charges administratives et économiques qui s'imposent aux prestataires de service en vertu de la réglementation sociale de l'Etat d'accueil et le surcroît de protection conférée aux travailleurs. Ce contrôle interroge sur l'authenticité des objectifs sociaux de la directive.

28. L'arrêt *Wolff & Müller* du 12 octobre 2004 (préc.) revient sur la question des législations nationales qui, en prescrivant l'application de leur réglementation à des travailleurs détachés sur leur territoire, poursuivent une politique protectionniste. Le droit allemand prévoit que l'entreprise qui a commandé des travaux à une entreprise étrangère est solidairement débitrice, à l'égard des salariés envoyés en mission sur le territoire allemand, du paiement des salaires. Cette responsabilité en tant que caution, qui garantit aux travailleurs un niveau de rémunération supérieur à ce qu'ils percevraient dans leur Etat d'origine, vise à rendre plus difficile le recours à des sous-traitants étrangers employant des salariés à bas salaire et protège ainsi les PME allemandes.

Pour la première fois, la Cour répond à partir de la directive 96/71, applicable car les faits du litige s'étant déroulés postérieurement à l'expiration de son délai de transposition. Cela ne va rien changer au fond car les articles 3§1 et 3§5 de la directive 96/71, qui imposent aux Etats de veiller à ce que les entreprises garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire le paiement du salaire minimal, ne pèsent pas lourd face aux articles 49 et 50 du traité. En cohérence par rapport à la jurisprudence antérieure fondée sur ces articles du traité, c'est la recherche de l'existence d'une protection sociale additionnelle offerte aux travailleurs détachés qui commande la solution du litige. Il n'y a en effet, pour la CJCE, « *pas nécessairement contradiction entre l'objectif de préserver la concurrence loyale, d'une part, et celui d'assurer la protection des travailleurs, d'autre part* ». La preuve en est rapportée par la Cour qui démontre que le mécanisme protectionniste imaginé par le législateur allemand conduit à ajouter un second débiteur au premier et est, de ce fait, de nature à assurer la protection des travailleurs détachés. Le droit communautaire ne s'oppose donc pas à la réglementation allemande litigieuse « *lorsque ces règles n'ont pas pour objectif prioritaire la protection de la rémunération du travailleur ou que cette protection n'est qu'un objectif secondaire de celles-ci* ». En somme, ce ne sont pas les objectifs de la loi qui sont décisifs pour apprécier la justification de l'entrave, mais ses effets sur la protection des travailleurs.

3. L'application de la jurisprudence de la CJCE au noyau dur français

⁸⁸ CJCE 25 octobre 2001, *Finalarte*, préc.

29. A partir de ce panorama sur la jurisprudence de la CJCE appliquée à la libre prestation des services, comment peut-on évaluer la composition du noyau dur au sens de l'article L342-3 nouveau ? Il est clair, déjà, que même s'il est très consistant (certains thèmes, comme les libertés individuelles et collectives, ouvrent des horizons vastes), il ne porte pas sur la totalité du droit du travail, ce qui aurait constitué la négation même des règles du traité sur la libre prestation des services et une violation avérée du droit communautaire. Par ailleurs, le fait que la réglementation nationale poursuive un objectif principalement économique, la protection des entreprises locales, ne suffit pas à invalider le dispositif national. En revanche, ceux qui auraient compté sur le caractère d'ordre public des éléments du noyau dur pour le consolider en seront pour leur frais : l'arrêt *Arblade et Leloup* (préc.) est clair sur ce point, c'est un élément indifférent⁸⁹. Il ne serait pas plus pertinent de s'appuyer sur la valeur constitutionnelle de certains des éléments de l'article L342-3, car elle est se heurte à la primauté du droit communautaire⁹⁰.

C'est donc la recherche de raisons impérieuses d'intérêt général, incarnée par la protection des travailleurs, qui sera décisive, peu importe que l'objectif principal de la loi soit d'ordre économique⁹¹. L'article L342-3 nouveau entre potentiellement dans ce schéma car il est susceptible de mener, parallèlement à des considérations protectionnistes, à une protection accrue des travailleurs détachés par les droits sociaux que le droit français leur confère.

C'est à ce stade du contrôle des justifications de l'atteinte à la libre prestation des services que les réponses, s'agissant de l'article L342-3 nouveau, deviennent très difficiles à donner. Les éléments à prendre en compte sont en effet sujets à des appréciations délicates et le contexte précis de chaque situation de détachement déterminant : il faut s'engager dans un travail de droit comparé et analyser la législation de l'Etat d'établissement de l'employeur afin de vérifier que le travailleur n'y bénéficie pas déjà d'avantages identiques ou comparables ; il faut s'assurer que la réglementation de l'Etat d'accueil est nécessaire et proportionnée par rapport à l'objectif de protection des travailleurs et avoir égard, à cet effet, à la durée de l'opération, au secteur dans lequel elle est réalisée (rappelons que le secteur de la construction semble faire l'objet d'un traitement particulier), au caractère éventuellement frontalier de la prestation, et à tout autre élément lié aux circonstances particulières du détachement. Dans le cadre du droit français, on peut penser que le noyau dur continuera à ne pas s'appliquer pour certains de ses éléments lorsque la prestation de services n'excède pas un mois⁹².

En clair, il n'est pas possible de dire, de manière générale et par avance, si tel élément du noyau dur de l'article L342-3 nouveau est conforme aux articles 49 et 50 du traité. Tout sera affaire de circonstances. Certains éléments du noyau dur apparaissent néanmoins, *a priori*, suspects. Par exemple, au vu de l'arrêt *Finalarte* (préc.), l'obligation pour un salarié détaché en France d'être assujéti aux caisses de congés et intempéries nationales entre *a priori* en contradiction avec les règles du traité sur la libre prestation des services car elle ne tient pas compte de l'obligation de vérifier si des avantages comparables existent dans l'Etat d'origine. Néanmoins, la critique est levée si demeure applicable l'article D732-9 du code du travail, issu du décret du 11 juillet 1994, qui exonère l'employeur de cette obligation lorsque ses salariés bénéficient pour la période de détachement d'une protection équivalente dans l'Etat d'origine⁹³.

⁸⁹ Ce qui évite les débats difficiles sur le contenu des lois de police en droit du travail. V. E. MOREAU, *Lois de police et contrat international de travail*, thèse, 1997, Nanterre ; H. GAUDEMET-TALLON, note préc. ; M.-A. MOREAU, obs. sous Cass. soc. 9 octobre 2001, préc.

⁹⁰ Par ex., CJCE 13 juillet 1972, *Commission c/ Italie*, aff.48/71 : rec.533.

⁹¹ CJCE 12 octobre 2004, *Wolff et Müller*, préc.

⁹² Selon l'article D341-5-2 et D341-5-3 du code du travail, il s'agit du paiement mensuel du salaire et de la remise d'un bulletin de paie.

⁹³ Même schéma pour les obligations liées au régime du chômage intempéries : l'article L342-3 nouveau du code du travail prévoit l'assujettissement des salariés détachés, mais l'entreprise est dispensée de cotisations si elle peut prouver qu'elle cotise pour un régime équivalent dans un pays d'origine (circulaire DRT n°94-18 du 30 décembre 1994, préc.).

30. La construction présentée place les entreprises dans des situations inconfortables, ne sachant pas à l'avance si elles doivent appliquer à leurs salariés détachés sur le territoire d'un autre Etat membre tel dispositif du droit local. Par exemple, et alors même que le taux de salaire minimal de l'Etat d'accueil fait partie du noyau dur au sens de l'article 3 de la directive, la CJCE estime, dans certaines circonstances, que l'appliquer à un travailleur détaché reviendrait à violer les articles 49 et 50 du traité⁹⁴.

31. L'apparente solidité de la loi du 2 août 2005, qui prend pourtant racine dans une directive communautaire, cache donc des fondements fragiles et des risques de contentieux inextricables, car le maître du jeu est le juge communautaire qui, appliquant les dispositions du traité sur la libre prestation des services, multiplie l'emploi de critères peu opératoires et sujets à appréciation casuistique. Plus que le législateur français en l'occurrence, c'est le droit communautaire qui en porte la responsabilité. En faisant cohabiter deux dispositifs, un d'origine législative et l'autre de valeur jurisprudentielle, il introduit des incertitudes profondes sur les solutions applicables. Ceci est dommageable tout autant pour la sécurité des rapports juridiques que pour le dynamisme des prestations de services transnationales. Dans ces conditions, il faut reconnaître que c'était mission quasiment impossible pour le législateur de rédiger une loi, à portée générale, qui puisse prétendre se concilier harmonieusement avec le droit communautaire.

Il aurait été plus raisonnable pour la CJCE de considérer que la directive a justement apprécié l'équilibre entre libre prestation de services et application de la législation de l'Etat d'accueil, et de se fier au noyau dur de ce texte. C'est, par exemple, avec plus de sagesse que les négociateurs de la directive ne se sont pas lancés dans un processus consistant à comparer les niveaux de fiscalité, de charges sociale et de protection sociale du pays d'envoi et du pays d'accueil avant de pouvoir décider si la rémunération minimale de l'Etat d'accueil peut s'appliquer au travailleur détaché.

32. Plus largement, l'intervention de la CJCE conduit à modifier les équilibres qui ont été voulus par les Etats membres dans la directive 96/71 entre d'une part le souci de parfaire l'intégration économique (en favorisant la libre prestation des services) et d'autre part celui de faire une place aux objectifs sociaux de protection des travailleurs. Le noyau dur proposé par le juge communautaire est en effet passablement déformé et instable (devrait-on parler plutôt de noyau mou ?). Potentiellement plus développé que celui de la directive 96/71, et donc plus protecteur des travailleurs détachés, le noyau dur peut aussi être rétréci sous les coups de la libre prestation des services. On peut en tout cas s'interroger sur les pouvoirs que s'attribue la CJCE sur des questions aussi fondamentales pour la construction sociale européenne.

Il est néanmoins important d'ajouter que le juge de Luxembourg se contente de donner des lignes directrices aux juges nationaux, qui conservent une grande marge d'appréciation sur les cas qui leurs sont soumis. Les juges français doivent donc prendre leur responsabilité et ne pas s'arrêter à l'étage du droit national et de la directive 96/71 pour apprécier la réglementation applicable aux salariés détachés. Pour ce qui est de l'administration du travail, le droit interne devrait rester la bible et l'application systématique, indépendamment des circonstances, de l'article L342-3 nouveau entraînera inmanquablement des positions contraires au droit communautaire.

II- Les dispositions spécifiques au cabotage

33. Qui n'a en pas vu circuler sur les autoroutes françaises les camions Willi Betz, aux immatriculations variées (mais jamais françaises), conduits par des chauffeurs dont la probabilité

⁹⁴ Par ex., CJCE 15 mars 2001, *Mazzoleni*, préc.

qu'ils soient Français est quasiment nulle⁹⁵ ? Le cabotage, droit conféré à des transporteurs établis dans un Etat membre d'effectuer, à titre temporaire, des prestations de transport dans un autre Etat membre, sans y disposer d'un siège ou d'un établissement, a pris une ampleur considérable en quelques années. Même s'il est difficile de le quantifier précisément, il perturberait le marché du transport en France⁹⁶. En employant des salariés aux conditions salariales et sociales de l'Etat d'origine, les entreprises étrangères profiteraient d'un avantage artificiel sur les coûts.

34. Le développement du cabotage intra-communautaire prend sa source dans l'ouverture du secteur des transports (article 75 du traité). Conformément au principe de libre prestation des services, plusieurs règlements permettent aux transporteurs établis dans un Etat membre de transporter dans tout Etat membre des marchandises ou des personnes par voie navigable, des marchandises par route ainsi que des voyageurs⁹⁷. Or l'application de la loi du pays d'origine du transporteur a un impact considérable sur le jeu de la concurrence. L'écart entre les législations sociales nationales demeure considérable, malgré les efforts déployés au niveau communautaire pour rapprocher leur contenu⁹⁸.

Par exception, les règlements 3921/91, 3118/93 et 12/98 prévoient que les salariés détachés sont soumis à l'application des dispositions législatives, réglementaires et administratives en vigueur dans l'Etat d'accueil pour une série de domaines. En matière sociale, la liste est brève puisque sont concernés uniquement les temps de conduite et de repos⁹⁹. Elle est exhaustive. Il serait donc contraire à l'intention du législateur communautaire de compléter cette liste par le recours au noyau dur de l'article 3 de la directive 96/71, qui ne couvre pas les opérations de cabotage¹⁰⁰. C'est l'interprétation de l'administration française¹⁰¹, qui considère que les règlements libéralisant le secteur du transport définissent de manière expresse et limitative les conditions d'exécution du transport.

Le législateur français n'a pourtant pas suivi cette analyse de l'articulation entre la directive 96/71 et les règlements sur le cabotage. Un deuxième alinéa est venu compléter l'article L342-3 nouveau du code du travail. Il prévoit que le noyau dur du droit du travail français s'applique aux salariés des entreprises de transport établies hors de France qui, à la demande de leur employeur, exécutent leur travail pendant une durée limitée sur le sol français dans le cadre d'opérations de cabotage réalisées dans les conditions fixées par les règlements 3921/91, 3118/93 et 12/98.

Cette protection supplémentaire prévue par le législateur est donc contraire aux règlements communautaires sur le cabotage ainsi qu'à la directive 96/71. Serait-elle rachetable par le traité, en tant que raison impérieuse d'intérêt général justifiant une atteinte à la libre prestation des

⁹⁵ Pour une étude très complète de montages juridiques complexes, voir le rapport du Conseil National des Transports sur le fonctionnement de la société Willi Betz : http://www.cnt.fr/rapports/Mode_de_fonctionnement_Willy_Betz.pdf. Sur le refus de l'administration française de renouveler l'autorisation de travail de 128 chauffeurs de la filière bulgare détachés en France pour effectuer des transports dans l'Union européenne, TA Melun, 5 février 2004, Sté Willi Betz c/ DDTEFP Seine-et-Marne (cité *in* LS Europe, n°135, 15 septembre 2005, p.7).

⁹⁶ Notre pays serait le pays le plus « caboté » en Europe. En 2002, pour 2,6 milliards de kilomètres. Source : projet de loi ratifiant l'ordonnance 2004-1197 du 12 novembre 2004.

⁹⁷ Règlement 3921/91 du 16 décembre 1991 ; règlement 3118/93 du 25 octobre 1993 ; règlement 12/98 du 11 décembre 1997.

⁹⁸ Cf règlement 3820/85 du 20 décembre 1985 ; directive 2003/88 du 4 novembre 2003 ; directive 2002/15 du 11 mars 2002. Voir N. GAVALDA, La réduction du temps de travail des chauffeurs routiers : un réel défi pour les transporteurs français, Dr. social 2001 p.813 ; H. TISSANDIER, note sous CJCE 9 septembre 2004, aff.C184/02 et C-223/02, *Espagne et Finlande c/ Parlement européen et Conseil*, RJS 1/05 p.6.

⁹⁹ Règlement 12/98, art.4§1, d) ; règlement 3118/93, art.6§1, d) ; règlement 3921/91, art.3§1, d).

¹⁰⁰ La seule exception est expressément prévue dans le considérant n°8 du règlement 12/98, elle porte sur un cas particulier de cabotage : les dispositions de la directive 96/71 s'appliquent pour les prestations de « services réguliers spécialisés » tels que définis par la directive.

¹⁰¹ Circulaire 99-85 du 24 novembre 1999 relative aux conditions d'emploi des conducteurs routiers étrangers exécutant des transports routiers sur le territoire français

services ? La réponse n'est pas simple, mais ce n'est pas impossible. Tout sera affaire de circonstances¹⁰².

35. Par ailleurs, l'affichage d'une politique protectionniste en matière de cabotage¹⁰³ a conduit le législateur français à insérer dans la loi d'autres dispositions dont la conformité au droit communautaire est incertaine. L'objectif, cette fois, n'est pas d'agir sur le statut des salariés détachés, mais sur les opérations de cabotage. Le législateur a voulu s'attaquer aux cabotages qui, en fait d'être temporaires, sont permanents ou quasi-permanents. Il y a dans ce type de situation une application erronée des règles sur la libre prestation des services car une activité exercée de manière permanente sur le territoire d'un Etat membre exige un établissement sur le territoire de cet Etat. Il ne s'agit d'ailleurs pas de cabotage, celui-ci étant par définition temporaire.

Début 2005¹⁰⁴, la Commission a tenté de préciser ce qu'il fallait entendre par prestation temporaire et a dégagé quatre critères (durée, fréquence, continuité et périodicité de la prestation de service). Néanmoins, elle demande aux Etats de procéder à des appréciations tenant compte des circonstances particulières de chaque opération. Or, le nouveau dispositif légal français ne paraît pas compatible avec le droit communautaire. Le législateur y multiplie les interdictions : une entreprise de transport de marchandises ou de personnes, ne peut pas réaliser des transports de cabotage avec un bateau de navigation intérieure demeurant sur le territoire national plus de 90 jours consécutifs. De même, il est interdit à une entreprise de transport routier de marchandises ou (dans le cas de « services occasionnels ») de personnes, de réaliser les transports avec un véhicule demeurant sur le territoire national plus de 30 jours consécutifs ou plus de 45 jours sur une période de 12 mois. La loi prévoit également qu'un véhicule utilisé par une entreprise de transport de marchandises ou, dans le cas de services occasionnels, par une entreprise de transport de personnes, ne peut demeurer sur ce territoire plus de 30 jours consécutifs, ni plus de 45 jours sur une période de 12 mois. Ces mesures font suite à la circulaire du 22 janvier 2002, annulée par le conseil d'Etat¹⁰⁵, qui prévoyait que tout véhicule restant plus d'une semaine sans interruption en cabotage sur le territoire national devait être considéré comme étant en infraction, puis au décret 2004-1080 du 11 octobre 2004 qui a limité la durée du cabotage en France à 10 jours consécutifs ou 15 jours sur une période de 60 jours, et dont l'exécution a été suspendue par le Conseil d'Etat¹⁰⁶.

Sans parler des durées choisies qui peuvent prêter à discussion, c'est l'application automatique du caractère temporel, sans laisser de marge à un examen individuel de chaque situation concrète, qui amène à cette conclusion. C'est d'ailleurs pour cette raison que la Commission a émis un avis négatif sur la circulaire du 22 janvier 2002¹⁰⁷. Il faut donc se préparer à un affrontement avec les services de la Commission lors de la mise en œuvre de ce dispositif protectionniste autour du cabotage.

III- La protection sociale des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services¹⁰⁸

¹⁰² Sur la jurisprudence relative à la libre prestation des services, voir supra n°22 et s.

¹⁰³ Rappr. la loi 2005-412 du 3 mai 2005 relative à la création du registre international français.

¹⁰⁴ Communication interprétative de la Commission sur le caractère temporaire du cabotage routier dans le transport de marchandises, JOUE n°C21 du 26 janvier 2005, p.2.

¹⁰⁵ CE 2 juin 2003, n°244514.

¹⁰⁶ CE 18 novembre 2004, n°273866.

¹⁰⁷ C'est pour un motif proche que l'annulation du décret 2004-1080 est demandée par les fabricants de sucre qui seraient amenés, en raison de l'insuffisance de l'offre de transport des transporteurs nationaux, à recourir aux services de transporteurs routiers ressortissants d'autres Etat membre de l'Union européenne.

¹⁰⁸ Article 90 de la loi. A. MATH, L'envoi de migrants détachés dans le cadre de la libre prestation de services transfrontalières – quels risques pour les systèmes de protection sociale ?, préc.

36. Dans sa rédaction issue de la loi quinquennale du 20 décembre 1993, l'article L341-5 prévoyait, sous réserve des traités et accords internationaux, l'application aux salariés détachés temporairement dans le cadre d'une prestation de services de la réglementation française en matière de sécurité sociale. Il n'était pas très cohérent qu'une question relevant du domaine de la sécurité sociale figure dans le code du travail ; l'une des raisons de l'intervention du législateur dans la loi du 2 août 2005 est de gommer cette anomalie. De plus, en insérant le nouveau dispositif dans un des tous premiers articles du code de la sécurité sociale, l'article L111-2-2, le législateur a montré l'importance et la généralité. Selon le nouveau texte, « *sous réserve des traités et accords internationaux régulièrement ratifiés ou approuvés, sont affiliées à un régime obligatoire de sécurité sociale dans le cadre du présent code, quel que soit leur âge, leur sexe, leur nationalité ou leur lieu de résidence, toutes les personnes exerçant sur le territoire français, à titre temporaire ou permanent, à temps plein ou à temps partiel : - une activité pour le compte d'un ou de plusieurs employeurs, ayant ou non un établissement en France, et quels que soient le montant et la nature de leur rémunération, la forme, la nature ou la validité de leur contrat ; - une activité professionnelle non salariée* ».

On peut voir une avancée dans le fait que le principe de territorialité de la sécurité sociale, vu sous l'angle du lieu d'exercice de l'activité professionnelle, est consacré par la loi pour l'ensemble des régimes de sécurité sociale¹⁰⁹ et exprime plus clairement aux entreprises étrangères les obligations qui leur sont opposables. Avancée dont il faut tout de suite signaler la modestie car le droit français de la sécurité sociale est traditionnellement marqué par le principe de territorialité¹¹⁰ qui traduit le fait que les lois de sécurité sociale sont d'ordre public. La jurisprudence française lui donne vie depuis longtemps¹¹¹, et ce même si le Conseil constitutionnel ne lui confère pas une valeur constitutionnelle¹¹². Par ailleurs, le principe de territorialité gouverne tant le règlement 1408/71, qui pose comme règle générale de conflits l'application de la législation du lieu de travail (art.13), que les conventions bilatérales de sécurité sociale auxquelles la France est partie, ou encore les instruments juridiques du Conseil de l'Europe.

Toutefois, la consécration légale du principe de territorialité au regard des pratiques de détachement sur le territoire français est sans effet sur les relations intra-communautaires. L'article L111-2-2 nouveau du code de la sécurité sociale décline en effet le principe de territorialité « *sous réserve des traités et accords internationaux régulièrement ratifiés et approuvés* », juste application du principe de primauté du droit international, communautaire et européen sur le droit national.

37. Précisément, la détermination de la législation de sécurité sociale applicable en matière de détachement intra-communautaire est gouvernée par le règlement 1408/71 coordonnant les systèmes nationaux de sécurité sociale¹¹³. Selon l'article 14§1, a) du règlement 1408/71, la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre au service d'une entreprise dont elle relève normalement et qui est détachée par cette entreprise sur le territoire d'un autre Etat membre afin d'y effectuer un travail pour le compte de celle-ci, demeure soumise à la législation du premier Etat membre à la condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas 12 mois¹¹⁴, 24 mois lorsque le nouveau règlement de coordination 883/2004 du 29 avril 2004 sera entré en application. Le règlement 1408/71 n'ayant pas fait l'objet de dispositions

¹⁰⁹ Le principe de territorialité était déjà exprimé pour le régime général à l'article L311-2 du code de la sécurité sociale.

¹¹⁰ Sur le principe de territorialité, X. PRETOT, Les grands arrêts du droit de la sécurité sociale, Dalloz, 2^{ème} éd., 1998, p.677 et s. ; « Territorialité et nationalité dans le système français de protection sociale », J.-Cl. Protection sociale, fasc. n°210, J.-Ph. LHERNOULD.

¹¹¹ Voir par ex. Cass. soc. 25 juin 1980, Bull. V, n°568 (le salarié occupé en France est assujéti en France, même si son employeur est établi à l'étranger) ; Cass. soc. 21 mai 1986, *URSSAF Alpes-Maritimes c/ SA Monégasque Anny Rey* ; Soc. 25 juin 1980, BC V n°568.

¹¹² Décision n°86-225 DC du 23 janvier 1986.

¹¹³ Dans sa dernière version mise à jour, JOCE n°L28 du, 30 janvier 1997, p.1.

¹¹⁴ Des prolongations de détachement sont possibles : voir article 14§1, b) et article 17 du règlement.

transitoires suite à l'élargissement du 1^{er} mai 2004, il s'applique de manière intégrale à tous les Etats membres de l'Espace économique européen et à la Suisse. Par exemple, un salarié hongrois détaché temporairement en France par son employeur pour exécuter des travaux de construction demeure soumis à la loi hongroise de sécurité sociale. Il s'acquittera donc des cotisations sociales uniquement en Hongrie. Le soumettre aux cotisations sociales françaises, à la CSG et à la CRDS, violerait le principe d'interdiction des doubles cotisations¹¹⁵.

38. Pour l'application l'article 14§1, a), les problèmes rencontrés sur le terrain ont trait aux possibilités de fraude. Les risques sont multiples. Sous couvert du régime du détachement, un travailleur peut être occupé de manière permanente ou quasi-permanente en France. Il peut aussi être détaché en France par une entreprise qui exécute l'intégralité de ses prestations sur le territoire national, mais qui s'est établie dans un autre Etat membre pour bénéficier d'une législation de sécurité sociale avantageuse. Tout en étant gardienne de la libre circulation des travailleurs et des services, la Cour s'est montrée très sensible à ces risques, en dégageant des critères supposés lutter contre les manœuvres frauduleuses. Elle s'attache ainsi au maintien du contrat de travail entre l'employeur initial et le salarié¹¹⁶, au fait que le salarié ait travaillé préalablement pour le compte de l'employeur qui le détache, même si un détachement consécutif au recrutement n'est pas inenvisageable¹¹⁷, au fait qu'il soit effectivement affilié au régime de sécurité sociale du pays d'emploi¹¹⁸. Concernant l'entreprise qui procède au détachement, la Cour veille à ce qu'elle exerce habituellement des activités significatives sur le territoire de l'Etat membre d'origine, ce qui conduit à examiner l'ensemble des critères caractérisant les activités exercées par cette entreprise : lieu du siège de l'entreprise et de son administration, effectif du personnel administratif travaillant respectivement dans l'Etat membre d'établissement et dans l'autre Etat membre, lieu où les travailleurs détachés sont recrutés et celui où sont conclus la plupart des contrats avec les clients, loi applicable aux contrats de travail conclus par l'entreprise avec ses travailleurs et avec ses clients, chiffres d'affaires réalisés pendant une période suffisamment caractéristique dans chaque Etat membre concerné¹¹⁹.

Dans un cas d'école, la CJCE a condamné une opération non conforme au règlement 1408/71. L'employeur, d'origine allemande, avait établi une de ses sociétés aux Pays-Bas à partir de laquelle il dirigeait l'ensemble de son activité de construction vers l'Allemagne. L'objectif était de bénéficier d'un avantage concurrentiel lié au montant plus faible des charges sociales néerlandaises. L'employeur s'appliquait à respecter les conditions de l'article 14§1, a), notamment en ne détachant jamais ses salariés en Allemagne pour une durée supérieure prévisible à 12 mois. Cela n'a cependant pas suffi à valider le montage car, ainsi que l'article 14§1, a) l'énonce, l'entreprise doit exercer normalement ses activités dans le premier Etat, c'est-à-dire qu'elle doit y effectuer habituellement des activités significatives. Or, tel n'est pas le cas d'« une entreprise de construction, établie dans un Etat membre, qui envoie ses travailleurs sur le territoire d'un autre Etat membre dans lequel elle exerce la totalité de ses activités, à l'exception d'activités de gestion purement internes »¹²⁰.

39. L'article L111-2-2 nouveau du code de la sécurité sociale précise également que sont affiliées à un régime obligatoire de sécurité sociale toutes les personnes exerçant sur le territoire français, à titre temporaire ou permanent, une activité professionnelle non salariée. Là encore, le dispositif est neutralisé par le règlement 1408/71, qui aménage des règles de conflit pour les travailleurs

¹¹⁵ Sur cette interdiction, voir par exemple CJCE 15 février 2000, aff.C-169/98, *Commission c/ France* : rec.I-995; CJCE 15 février 2000, aff.C-34/98, *Commission c/ France*, rec.I-1049 : obs. X. PRETOT, Dr. soc. 2000, p. 429, RJS 2000, n°347, Europe 2000 Comm. n°103 ; CJCE 5 mai 1977, aff.102/76, *Perenboom* : rec.815 ; CJCE 29 juin 1994, aff.C-60/93, *Aldewereld* : rec.I-2991. P. Mavridis, La fin des doubles cotisations en Europe ?, Dr. soc. 2000, p.1104.

¹¹⁶ CJCE 5 décembre 1967, *Van der Vecht*, préc.

¹¹⁷ CJCE 5 décembre 1967, *Van der Vecht*, préc.

¹¹⁸ CJCE 30 mars 2000, aff.C-178/97, *Banks e. a.* : rec.I-2005, RJS 5/00 n°603

¹¹⁹ CJCE 10 février 2000, *Fitzwilliam*, préc.

¹²⁰ CJCE 9 novembre 2000, aff.C-404/98, *Plum* : rec.I-9379, Dr. soc. 2001, p. 333, nos obs.

indépendants. De l'article 14 bis du règlement selon lequel « *la personne qui exerce normalement une activité non salariée sur le territoire d'un État membre et qui effectue un travail sur le territoire d'un autre État membre demeure soumise à la législation du premier État membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'exède pas 12 mois* », la Cour a tiré une pratique surnommée « auto-détachement »¹²¹. Elle a jugé que des artistes britanniques non salariés exerçant une activité temporaire en Belgique, pour une durée inférieure à 12 mois, peuvent se voir appliquer l'article 14 bis et, par conséquent, ne pas avoir à verser de cotisations sociales en Belgique¹²². La portée de l'auto-détachement est considérable. Il peut permettre, par exemple, à des artisans établis dans n'importe quel État membre de l'Union européenne de venir en France prester temporairement leurs services, tout en demeurant affiliés à la loi de sécurité sociale de leur pays d'établissement. La seule limite à cette mécanique consisterait dans la démonstration d'une pratique frauduleuse, avec tous les problèmes de preuve que cela pose.

40. La Commission administrative des communautés européennes pour la sécurité sociale des travailleurs migrants a également publié plusieurs décisions visant à circonscrire les possibilités de fraude¹²³, et reprenant les critères présentés ci-dessus. Mais la chasse aux « faux détachements » s'avère particulièrement difficile, notamment parce que le règlement 1408/71 ne s'oppose pas au recrutement de personnel en vue de détachement. Il suffit par exemple à un employeur étranger de créer régulièrement de nouvelles sociétés, ou bien d'opérer des montages avec des filiales ou des sous-filiales, qui rendront quasiment impossibles la reconstitution des liens contractuels avec le salarié « détaché », pour « détacher » de manière permanente ou quasi-permanente du personnel sur le territoire d'un autre État membre. Plus généralement, les contrôles sont peu opérants non seulement du fait de leur faible fréquence, mais aussi parce que la coopération entre administrations du travail chargées de veiller au respect des conditions de travail (règlement 96/71) et celle des organismes de sécurité sociale, qui de fait est du seul ressort des URSSAF, n'est guères développée.

Ceci montre qu'un élément déterminant dans la lutte contre les pratiques frauduleuses de détachement repose sur la collaboration des autorités étrangères, seules aptes à fournir des renseignements sur le comportement de l'employeur dans son pays d'origine. A ce titre, le point le plus concret de la loi du 2 août 2005 en matière de sécurité sociale réside dans l'insertion d'un article L.243-7-1 dans le code de la sécurité sociale : « *les agents chargés du contrôle visés à l'article L. 243-7 peuvent échanger avec les agents investis de pouvoirs analogues dans les États étrangers, sous réserve de réciprocité, tous renseignements et tous documents nécessaires à l'appréciation des droits et à l'exécution d'obligations résultant du présent code et des dispositions équivalentes dans l'État concerné* ». Encore faudra-t-il, pour que ce schéma fonctionne, compter sur la coopération des autorités étrangères équivalentes.

IV- Les processus de coopération et de surveillance

41. Dans le contexte du détachement transnational de travailleurs, qui entraîne l'application de législations de plusieurs États sur la tête d'un même travailleur – la loi applicable au contrat de travail et le noyau dur de normes sociales de l'État d'accueil –, la coopération entre les administrations nationales est un élément essentiel. Elle assure, notamment, que les entreprises prestataires puissent savoir à l'avance à quelles normes sociales de l'État d'accueil le travailleur détaché doit être soumis. Elle permet aussi de lutter contre les pratiques frauduleuses.

¹²¹ Code annoté européen de la protection sociale, F. Kessler et J.-Ph. Lhernould, Groupe RF, 2^{ème} éd., 2003, p.128.

¹²² CJCE 30 mars 2000, *Banks e. a.*, préc. La solution vaut quelle que soit la qualification de l'activité dans l'État d'accueil, salariée ou non salariée. La précision est importante pour le droit français qui considère comme salariées, par un système de présomption légale, des activités en réalité indépendantes.

¹²³ Voir, en dernier lieu, décision n°181 du 13 décembre 2000.

La coopération est un des points importants de la directive 96/71, qui y consacre un article intitulé « *coopération en matière d'information* ». Telle qu'elle est envisagée par l'article 4 de la directive, elle se divise en 3 volets principaux. Les Etats membres doivent désigner un ou plusieurs bureaux de liaison ou instance(s) nationale(s) compétente(s). Ils doivent prévoir une coopération entre les administrations publiques compétentes pour la surveillance des conditions d'emploi et de travail, coopération qui consiste en particulier à répondre aux demandes d'informations motivées de ces administrations publiques, y compris en ce qui concerne des abus manifestes ou des activités d'activités transnationales présumées illégales. Les Etats membres doivent prendre les mesures appropriées pour que les informations concernant les conditions de travail et d'emploi soient généralement accessibles.

Le droit français n'avait pas encore transposé formellement ce mécanisme de coopération en droit interne. C'est chose faite avec l'insertion dans le code du travail de l'article L342-6 nouveau selon lequel les inspecteurs du travail et les autorités chargées de la coordination de leurs actions sont habilités à se communiquer réciproquement tous les renseignements et tous les documents nécessaires pour faire appliquer les dispositions sur le détachement transnational des travailleurs. Ils peuvent également communiquer ces renseignements et documents aux agents investis de pouvoirs analogues dans les Etats étrangers et aux autorités chargées de la coordination de leurs actions dans ces Etats.

Cet article est le bienvenu car il régularise la situation du droit français. Il ne semble pas cependant changer fondamentalement les pratiques établies, la DILTI (Délégation interministérielle à la lutte contre le travail illégal) faisant déjà office depuis plusieurs années de bureau de liaison pour la coopération administrative en répondant aux questions posées par les services de contrôle des autres Etats membres¹²⁴. Il permettra au moins de mettre plus de rigueur dans une mécanique qui conduit des agents de l'Etat à manipuler des données à caractère personnel. La nature des informations communicables et les conditions dans lesquelles est assurée la protection des données à caractère personnel seront d'ailleurs précisées par décret en Conseil d'Etat (art.L342-6, al.2).

L'article L342-6 nouveau devrait également assurer une application plus fluide de la jurisprudence de la Cour de justice. A ce stade, les défis sont considérables pour parvenir à une coopération efficace. La jurisprudence communautaire commande en effet de comparer les législations de l'Etat d'origine et de l'Etat d'accueil afin de savoir si le noyau dur apporte au travailleur détaché une « réelle protection additionnelle » et est nécessaire et proportionnée pour assurer sa protection¹²⁵. Un travail de comparaison des législations nationales, très délicat, sera donc fréquemment nécessaire. S'ajoutent à cela des difficultés pratiques d'ordre linguistique. On rappellera à cet égard que la CJCE exige que les dispositions nationales doivent être « *suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par un tel employeur, des obligations qu'il devrait respecter* »¹²⁶. On peut craindre que les lenteurs administratives, combinée à la difficulté d'accès à certaines informations (par exemple, les normes conventionnelles) rendent irréaliste la mise en place prochaine d'une coopération internationale effective, sans compter la possible mauvaise volonté de certains pays membres, soit par inorganisation, soit par calcul.

42. La coopération n'est pas loin de la surveillance, qui soulève des questions tout aussi sensibles. Jusqu'à présent, les articles D341-5-7 et suivants du code du travail, issus du décret du 11 juillet 1994, s'étaient attachés à mettre en place un système d'information obligatoire vis-à-vis des

¹²⁴ La DRT est le bureau d'information pour les entreprises et les travailleurs.

¹²⁵ Voir supra n°25 et s.

¹²⁶ CJCE 23 novembre 1999, *Arbalde & Leloup*, préc.

entreprises procédant au détachement, à destination de l'inspection du travail¹²⁷. Le législateur a souhaité renforcer l'impératif de surveillance en lui conférant une valeur légale : le dernier alinéa de l'article L342-3 nouveau affirme qu'un décret en Conseil d'Etat déterminera les conditions dans lesquelles des formalités déclaratives sont exigées des prestataires étrangers, ainsi que les formalités dont ils sont dispensés. La mise en application de ce dispositif s'annonce compliquée car le décret devra tenir compte des principes dégagés par la CJCE.

Celle-ci a été interrogée à plusieurs reprises sur la conformité de formalités déclaratives au droit communautaire. Elle est rigoureuse lorsqu'il s'agit d'apprécier la possibilité d'exiger la fourniture de documents additionnels ou formalités spécifiques, manifestant une hostilité de principe vis-à-vis d'obligations supplémentaires (demandes de renseignements, par exemple) entraînant des frais et des charges administratives et économiques supplémentaires pour les entreprises établies dans d'autres Etats membres¹²⁸. De telles obligations ne peuvent être justifiées que si elles répondent à une raison impérieuse d'intérêt général (la protection sociale des travailleurs), et si elles apparaissent nécessaires et proportionnées par rapport au but recherché. Par exemple, si les informations fournies dans les documents exigés par l'Etat d'établissement sont suffisantes pour assurer les contrôles dans l'Etat d'accueil, celui-ci ne peut réclamer l'application de ses propres formalités. En substance, il importe de vérifier que « *la protection sociale qui est susceptible de justifier ces exigences ne serait pas suffisamment sauvegardée par la production, dans un délai raisonnable, des documents tenus dans l'Etat membre d'établissement ou leur copie* »¹²⁹. La Cour fait alors deux précisions importantes. D'une part, la conservation des documents dans l'Etat d'accueil après que l'employeur aura cessé d'y employer des travailleurs deviendra superflue en raison de la mise en place des obligations de coopération et d'échange d'information au titre de l'article 4 de la directive. D'autre part, la tenue de certains documents ne peut se justifier que tant que n'est pas en place ce système de coopération et d'échange d'information. Précisions importantes qu'il conviendra de garder à l'esprit, alors que la période de transposition de la directive 96/71 a expiré et que les Etats membres concrétisent progressivement le système de coopération intra-communautaire. Pour la Commission, les arguments tenant aux différences de forme et de contenu des documents entre ceux du pays d'accueil et ceux du pays d'établissement ne seront plus acceptés pour justifier des obligations aux entreprises établies dans d'autres Etats membres¹³⁰.

Il ressort aussi de la jurisprudence que des formalités spécifiques peuvent être requises lorsque le détachement intra-communautaire concerne un travailleur ressortissant d'Etat tiers¹³¹. En attendant l'adoption d'une directive spécifique qui était souhaitée par la Commission¹³², les formalités sont contrôlées par le juge à travers le principe de proportionnalité¹³³.

Si l'on revient au principe posé par l'article L342-3 al.3 nouveau, à savoir l'accomplissement de formalités déclaratives préalables, on ne peut pas ne pas voir dans cette disposition la poursuite d'un dialogue avec les institutions communautaires, dans le contexte de la proposition de directive « Bolkestein »¹³⁴. Même si celle-ci ne remettrait pas en cause la directive 96/71, elle

¹²⁷ Sur ce système, voir circulaire DRT n°94-18 du 30 décembre 1994, préc.

¹²⁸ Ex. : CJCE 23 novembre 1999, *Arblade et Leloup*, préc.

¹²⁹ CJCE 25 octobre 2001, *Finalarte*, préc.

¹³⁰ Communication de la Commission, 25 juillet 2003, préc.

¹³¹ Depuis l'arrêt *Vander Elst* (préc.), aucune autorisation de travail ne peut être exigée des ressortissants d'Etats tiers régulièrement employés dans un autre Etat membre.

¹³² La proposition de directive du 27 janvier 1999 relative aux conditions de détachement des travailleurs salariés ressortissants d'un Etat tiers dans le cadre d'une prestation de services transfrontaliers (Com (1999) 3 final et Com (2000) 271 final) a été retirée par la Commission le 8 août 2004 (Com (2004) 542 final). Sur cette proposition, voir note sous CJCE 21 octobre 2004, Commission c/ Luxembourg, préc.

¹³³ CJCE 21 octobre 2004, Commission c/ Luxembourg, préc. L'Autriche pourrait être condamnée à son tour : Commission c/ Autriche, aff.C-168/04, introduite le 5 avril 2004 (JOUE 2004 n°C146, p.2).

¹³⁴ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, 13 janvier 2004, Com (2004) 2 final.

entendait généraliser le « principe du pays d'origine » (qui en lui-même n'est pas une nouveauté car il gouverne la liberté de prestation des services intra-communautaires) en limitant les procédures de déclaration préalable dans l'Etat d'accueil. Selon l'article 24§1 de la proposition de directive, cet Etat ne pouvait plus procéder sur son territoire qu'à une liste restreinte de vérifications nécessaires pour assurer le respect des conditions d'emploi et de travail applicables en vertu de la directive 96/71. L'obligation de faire une déclaration était même supprimée. Les plus hautes institutions françaises considèrent que la mise en place de ce schéma, qui repose sur le principe de confiance mutuelle entre les Etats membres, n'est pas réaliste, et ouvrirait la voie à des pratiques de fraude massives. Elles se sont solennellement prononcées contre la suppression de la déclaration préalable¹³⁵. C'est cette position que le législateur entend défendre par l'article L.342-3 al.3 nouveau.

43. Le travail de surveillance peut conduire à constater que l'entreprise soi-disant établie à l'étranger exerce la totalité de ses activités sur le territoire français, voire possède un établissement en France. Il est dès lors logique de considérer, dans ces cas, que les règles sur la libre prestation de services s'effacent et que les entreprises concernées obéissent au dispositif sur l'établissement. Le service doit en effet être par nature temporaire ou purement occasionnel pour relever de la liberté de prestation de service¹³⁶. Le juge de Luxembourg admet qu'un Etat membre puisse prendre des dispositions pour empêcher que la libre prestation des services soit utilisée par un prestataire dont l'activité serait entièrement ou principalement tournée vers son territoire, en vue de se soustraire aux règles qui lui seraient applicables au cas où il serait établi sur le territoire de cet Etat¹³⁷.

Même si, en vertu du principe de primauté et d'effet direct du droit communautaire, il n'était pas nécessaire de transcrire ces principes en droit interne, l'article L.342-4 al.1 nouveau leur donne un poids supplémentaire : « *un employeur ne peut se prévaloir des dispositions applicables au détachement de salariés lorsque son activité est entièrement orientée vers le territoire français ou lorsqu'elle est réalisée dans des locaux ou avec des infrastructures à partir desquels elle est exercée de façon habituelle, stable et continue, notamment par la recherche et la prospection d'une clientèle ou le recrutement de salariés sur ce territoire* ». Ce texte est un moyen de lutter notamment contre les pratiques de détachement de salariés par roulement, qui visent à contourner l'obligation de s'établir en France alors même que l'activité est entièrement tournée vers la France. L'employeur auteur de telles pratiques doit être assujéti aux dispositions du code du travail applicables aux entreprises établies sur le territoire français (art.L.342-4, al.2, nouveau). La difficulté est de tracer la frontière entre des activités permanentes et des activités temporaires.

* *
*

44. Il est bien sûr périlleux de faire le bilan d'un ensemble législatif qui n'est pas encore appliqué. Votée dans une ambiance où il n'était question, souvent à la limite de la caricature, que de plombier polonais, de comportement frauduleux, de délocalisation, de régression sociale et de directive « Bolkestein », la loi du 2 août 2005, dans sa partie « détachement transnational de travailleurs », s'inscrit dans ce courant euro-sceptique qu'a confirmé le vote français contre la Constitution européenne.

¹³⁵ Le président de la République a demandé la « remise à plat de la proposition de directive (Conseil des Ministres du 2 février 2005) et a entraîné dans son sillage l'Assemblée Nationale (voir Résolution de l'Assemblée Nationale du 15 mars sur la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur).

¹³⁶ Ex. : CJCE 26 février 1991, *Commission c/ Grèce*, préc.

¹³⁷ Ex. : CJCE 3 décembre 1974, *Van Binsbergen*, préc. Voir supra n°00.

Par des mesures visibles, la loi cherche à rassurer l'opinion publique, voire les parlementaires eux-mêmes (dont la culture européenne reste à construire¹³⁸), sur la capacité de la France à protéger ses entreprises et ses emplois contre des pratiques frauduleuses dont la mesure est d'ailleurs incertaine. Mais il n'est pas sûr qu'un climat protectionniste n'ait aussi accompagné les travaux du Parlement et motivé les intentions gouvernementales, même s'il est toujours possible (et parfois justifié) de se cacher derrière la complexité (indiscutable) du droit communautaire pour expliquer tel ou tel choix.

La loi du 2 août 2005 ne fait cependant que partiellement illusion. Privée de portée en matière de sécurité sociale, suspecte par rapport au droit communautaire en ce qui concerne la dimension du noyau dur et pour le régime du cabotage, inadaptée et impuissante face aux opérations complexes de détachement, sa mise en œuvre sera fragile. Les décrets et circulaires d'application en diront évidemment plus sur sa capacité à se concilier avec les impératifs du droit européen et à atteindre les résultats visés. Quant au processus de coopération et de surveillance, on attendra de voir sur le terrain s'il peut produire des fruits. Il dépend de la capacité des administrations françaises à travailler ensemble et à disposer des moyens suffisants d'action, tout autant que d'une coopération au niveau international. Il est en tout cas évident que, au regard des enjeux de la directive 96/71, l'application satisfaisante du noyau dur français passera par une information détaillée, mise à jour et aisément accessible des entreprises étrangères. Les autorités françaises accepteront-elles de s'engager dans cette direction, qui facilitera l'accès au territoire français de prestataires de services étrangers ?

Loi de réaction et pour l'opinion, elle semble parfois faire oublier que la France s'est engagée, en tant qu'élément moteur, dans une construction européenne fondée sur les règles du marché. S'il est vrai que le droit communautaire fonctionne de manière complexe – l'exemple du détachement transnational de travailleurs est édifiant –, que son approche trop économique des questions sociales est parfois irritante, y compris pour la détermination du statut social des travailleurs détachés, il fait partie du patrimoine juridique vivant du juriste français et on ne saurait trop jouer avec lui, au risque de briser l'élan européen.

Finalement, les difficultés autour de la directive 96/71 et du détachement transnational des travailleurs reflètent le déficit de la politique d'harmonisation sociale européenne, qui ne pourra se construire qu'avec plus d'Europe. En attendant, surfant sur la vague des incertitudes juridiques et pratiques du régime des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services et sur celle des disparités des législations sociales européennes, le plombier polonais, à supposer qu'il n'ait jamais été aperçu en France, a de beaux jours devant lui¹³⁹.

¹³⁸ Lire à ce propos les débats parlementaires, très révélateurs.

¹³⁹ Le Royaume-Uni, qui a ouvert ses frontières aux travailleurs des pays d'Europe centrale et orientale sans phase de transition, a accueilli 131000 Polonais entre le 1^{er} mai 2004 et le 1^{er} juin 2005...dont seulement 95 plombiers ! (LS Europe n°134, 1^{er} septembre 2005).