



HAL
open science

Que reste-t-il de la loi (française) en droit du travail? Remarques sur le lieu d'exécution du travail

Étienne Pataut

► **To cite this version:**

Étienne Pataut. Que reste-t-il de la loi (française) en droit du travail? Remarques sur le lieu d'exécution du travail. *La Semaine juridique. Social*, 2024, 21, pp.1170. halshs-04932487

HAL Id: halshs-04932487

<https://shs.hal.science/halshs-04932487v1>

Submitted on 6 Feb 2025

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.

Que reste-t-il de la loi (française) en droit du travail ? Remarques sur le lieu d'exécution du travail

Etienne Pataut
Professeur à l'École de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)
IRJS

Le droit international privé français, comme tout système de droit international privé, a ceci de particulier que, de par sa nature même, il envisage que l'on puisse ne pas appliquer la loi française. Lorsqu'un rapport de travail présente des liens d'extranéité le rattachant simultanément à plusieurs États — par exemple parce que l'employeur a son siège dans un État, le travailleur son domicile dans un autre et que le lieu d'exécution du travail se situe dans un troisième — l'application du droit français n'a rien d'évident.

Dès lors, la question de savoir « que reste-t-il de la loi en droit du travail ? » se pose nécessairement dans des termes différents en droit international privé. Ici, en effet, l'analyse ne conduira pas à s'interroger sur le contenu, plus ou moins convaincant, de la norme légale, mais bien plutôt sur son applicabilité spatiale. La question n'est pas celle de savoir quelle pourrait être la meilleure règle de droit du travail mais bien plutôt de s'interroger sur la pertinence des règles permettant de rattacher telle ou telle situation à la loi française.

Or, à cet égard, le droit du travail a toujours constitué une matière à part au sein du droit international privé. L'impérativité particulière de ses règles, son rattachement occasionnel au droit public, notamment, ont très tôt conduit à souligner la particularité du droit du travail. Celle-ci a pu en effet sembler si forte que le conflit de lois ne paraissait pas y avoir sa place, et devait laisser le champ libre à une application généralisée de la loi du for¹ au nom d'une certaine idée du territorialisme qui laissait peu de place aux règles classiques du conflit de lois, comme a pu le montrer l'ancien projet européen, rapidement abandonné, d'unification des conflits de lois en matière de droit du travail².

Une telle analyse, qui reste encore très prégnante en droit international du travail, paraissait toutefois difficile à tenir en matière de contrat de travail. En la matière, en effet, la nature particulière de l'instrument, le contrat, semblait au contraire perméable aux mécanismes traditionnels de droit international privé. Aussi, sans sacrifier à la particularité du sujet, une règle de conflit a-t-elle été progressivement construite, permettant de s'éloigner du *lex forisme* purement territorial parfois envisagé il y a quelques décennies.

Mais il reste que les caractéristiques principales du droit international privé classique — bilatéralité, neutralité et abstraction — n'ont jamais été de mise en matière de droit social.

Ces caractéristiques reposent fondamentalement sur l'idée que le droit international privé vise simplement à répartir les situations juridiques entre différentes lois, supposées plus ou moins équivalentes, par le biais de la règle de conflit. Dans cette perspective, il revient à des

¹ V. déjà M. Simon Depitre, « Droit du travail et conflits de lois devant le deuxième congrès international de droit du travail », *Rev. Crit. DIP*. 1958. 285.

² « Proposition de règlement (CEE) du Conseil relatif aux dispositions concernant les conflits de loi en matière de relations de travail à l'intérieur de la Communauté », *JOCE* n° C. 49 du 18 mai 1972, p. 26. Sur ce projet, v. P. Rodière, « Le projet européen de règlement uniforme des conflits de lois en matière de relations de travail (mars 1972) », *Rev. trim. dr. eur.* 1973, p. 1.

mécanismes explicitement dérogoires, notamment l'ordre public et les lois de police, d'introduire des considérations matérielles particulières, prenant en charge des intérêts spécifiques. Mais par principe, la règle de conflit prendrait en charge des intérêts purement localisateurs, la célèbre, « justice de droit international privé » et non les intérêts substantiels, la « justice matérielle » dont traiteraient les règles de fond³.

Cette présentation ne correspond pas et n'a jamais correspondu au droit international privé du travail et de la sécurité sociale. L'un et l'autre véhiculent des intérêts publics et privés si pressants que l'idée même selon laquelle la règle de conflit pourrait ne pas prendre en charge des objectifs matériels n'a jamais été sérieusement défendue et encore moins mise en œuvre.

Par ailleurs, il n'est nullement besoin d'être spécialiste de droit social pour savoir qu'il existe des différences fondamentales entre les règles de droit social des différents pays, y compris de pays culturellement proches comme c'est le cas en Europe. Dès lors, le principe plus ou moins implicite de fongibilité entre les lois, sur lequel repose le bilatéralisme, est ici difficilement acceptable et le tempérament de l'ordre public, utile lorsqu'il est possible d'écarter simplement de la loi étrangère une disposition par trop choquante, semble être un correctif bien insuffisant.

C'est pour cette raison que le droit international privé du travail s'est construit sinon en marge en tout cas dans une relative autonomie par rapport au droit international privé général.

En matière de contrat de travail, cette analyse s'est traduite par l'adoption progressive de règles de compétence et de conflit de lois particulières, visant à la fois à organiser la protection du travailleur et à tenir compte de l'impérativité propre du droit du travail. Ces règles figurent désormais dans des règlements européens, le règlement dit Bruxelles 1 bis pour la compétence (1215/2012)⁴ et le règlement dit Rome 1 pour le conflit de lois (593/2008)⁵.

La caractéristique principale de ces dispositions est d'être centrées sur le lieu d'exécution habituelle du travail. La règle de compétence permettra au travailleur de saisir ou bien le tribunal du domicile du défendeur ou bien celui du lieu d'exécution habituelle du travail, en laissant une place très limitée à l'autonomie de la volonté⁶. La règle de conflit de lois, de son côté, confiera à la loi du lieu d'exécution du travail la détermination de la protection minimale due au travailleur, à laquelle il ne pourra être dérogé par un éventuel choix que dans un sens de faveur⁷.

Règle de compétence et règle de conflit de lois sont donc, en la matière, extrêmement originales, favorables au travailleur et peu ouvertes à l'autonomie de la volonté, sinon dans un sens de faveur.

³ Sur cette discussion, v. p. ex. B. Audit et L. d'Avout, *Droit International Privé*, LGDJ, 9^e éd., 2022, n° 175.

⁴ Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale* (refonte), JO, n° L 351, du 20 décembre 2012, p. 1.

⁵ Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I)*, JO n° L 177, 4 juillet 2008, p. 6.

⁶ Articles 21 et 23 du règlement Bruxelles 1 bis.

⁷ Article 8 du règlement Rome 1.

La mécanique de droit international privé est donc originale. Mais le critère de rattachement, lui, semble *a priori* fort classique. Élément géographique raisonnablement aisé à déterminer et significatif de la relation juridique en cause, le lieu d'exécution du travail semble présenter tous les atouts d'un rattachement de droit international privé traditionnel.

Pourtant, ce rattachement est spécifique en droit du travail. Au-delà de la simple répartition, le critère du lieu d'exécution du travail joue en effet un rôle de régulation⁸, qui lui permet de faire entrer dans l'orbe d'un droit national déterminé toutes les relations de travail qui ne sauraient y échapper. A cet égard, le lieu d'exécution habituelle du travail joue un rôle essentiel : celui de recréer par la localisation une communauté de travail, en dépit des éléments rattachant la situation à plusieurs États.

Il reste que cette régulation est aujourd'hui profondément remise en cause. La question est ancienne en ce qui concerne le travail des transports, par nature international et par nature rétif au lieu d'exécution du travail. Mais elle prend aujourd'hui une dimension nouvelle avec des formes plus contemporaines d'organisation du travail : travail détaché, aujourd'hui ; télétravail, demain. Comme l'a montré le débat autour de la si détestable figure du plombier polonais, le risque ici est bien que ces nouvelles formes d'organisation du travail permettent à certains opérateurs économiques de détourner en toute impunité l'application d'un droit national dont l'applicabilité semblerait pourtant s'imposer.

Il faut donc, encore une fois, rouvrir le débat, à la fois pour rappeler les spécificités du lieu d'exécution du travail (I) et les risques liés à son contournement (II).

I. Réguler par le lieu d'exécution

A. Spécificité du lieu d'exécution du travail

Le critère de rattachement au lieu d'exécution du travail n'est pas un critère de rattachement comme les autres, en ce sens qu'il n'est pas affecté du même coefficient de relativité. L'un des objectifs du droit international privé est bien sûr de rechercher le meilleur rattachement possible, mais il est aujourd'hui assez couramment reconnu que l'hésitation est permise, soit pour des raisons culturelles et politiques (nationalité contre domicile, par exemple) soit pour des raisons plus techniques (loi du lieu du franchiseur contre loi du franchisé en matière de contrat de franchise, par exemple).

Cette hésitation n'a jamais existé en droit du travail⁹. En dépit de l'apparence classique de ce critère de rattachement, sa particularité et son impérativité ne font aucun doute. Les raisons en sont multiples.

Celle qui semble la plus convaincante est liée aux intérêts fondamentalement collectifs qui sont à l'œuvre en matière de droit du travail. Le lieu d'exécution du travail, en effet, a comme caractéristique principale de permettre le rattachement d'un travailleur individuel à une collectivité, celle des travailleurs, qui sont gouvernés par une loi unique. Vu du côté du travailleur, le lieu d'exécution du travail est donc un rattachement d'intégration, en ce sens

⁸ Selon la terminologie usitée depuis H. Muir Watt, *La fonction de la règle de conflit de lois*, thèse dact., Paris 2, 1985.

⁹ M. Polak, « *Laborum dulce lenimen ?* Jurisdiction and choice-of-law aspects of employment contracts », in : J. Meeusen et al. (dir.), *Enforcement of international contracts in the European Union*, Intersentia, 2004, p. 323.

qu'il va garantir à ce travailleur l'égalité de traitement avec tous les autres travailleurs de la même collectivité : celle qui travaille sur le même territoire. Vu du côté de l'État, l'application de ce critère garantit aussi que tous les travailleurs qui sont occupés sur son territoire vont être soumis à la même loi. Une telle solution a deux avantages.

Le premier, qui a pris une importance tout à fait considérable dans le cadre de l'Union européenne, est celui de garantir une égalisation des conditions de concurrence entre États et, tout particulièrement, entre États membres. La concurrence sociale entre États est une réalité dont témoignent délocalisations et fraudes au détachement, on y reviendra. Garantir l'application de la loi du lieu d'exécution du travail, c'est garantir qu'au moins, cette concurrence ne peut pas être faussée au sein même des États. Cette considération est aujourd'hui centrale dans l'Union européenne¹⁰.

Le second est de simplifier le débat sur les lois de police. Tout le débat autour des travailleurs détachés montre que les États n'acceptent qu'avec réticence l'application sur leur territoire de lois étrangères, en particulier de lois étrangères moins protectrices que les leurs, lorsque le travailleur y exécute, même temporairement, sa prestation de travail. L'importance économique et sociale des règles concernées se traduit par une impérativité internationale renforcée. A l'inverse, les mêmes États pourront être tout aussi réticents à appliquer leur loi de police à des prestations de travail qui se déroulent hors de leur territoire, comme l'a montré avec éclat la récente affaire Lafarge¹¹.

Dans cette mesure, rendre applicable la loi du lieu d'exécution du travail, c'est aussi se garantir que, dans la plupart des situations, la loi applicable au contrat de travail sera bien celle qui aurait été de toute façon applicable à titre de loi de police. L'intérêt fondamental du critère du lieu d'exécution du travail tel qu'il a été inséré dans la règle de conflit de lois est donc bien de rendre dans la plupart des cas inutile le recours à la loi de police.

Le lieu d'exécution du travail véhicule donc des intérêts à la fois privés et publics, et individuels et collectifs, qui permettent aisément de se convaincre à la fois de sa spécificité et de son impérativité. Rendre applicable la loi du lieu d'exécution habituelle du travail est donc s'assurer du respect de l'autorité de la loi, identique pour tous, impérative pour tous.

Cette analyse permet d'expliquer la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'interprétation de la notion de lieu d'exécution du travail.

B. Interprétation du lieu d'exécution du travail

La Cour de justice, d'abord en matière de compétence internationale, puis en matière de loi applicable, a procédé à une interprétation extensive et favorable au travailleur de la notion de lieu d'exécution du travail. Le travail de la Cour, qui a conduit à marginaliser le critère alternatif du lieu d'embauche, est bien connu¹², même s'il mérite un bref rappel.

Le point de départ de cette évolution est un célèbre arrêt *Mulox*, dans lequel la Cour a élaboré une méthode originale de détermination du lieu d'exécution du contrat spécifique au contrat de travail, méthode de détermination directe et autonome, « en se fondant sur le système et les objectifs de la Convention », c'est-à-dire notamment, en matière de contrat

¹⁰ Sur ce sujet, v. en particulier, récemment, le dossier « Level Playing Field », *RTDeur.* 2023, pp. 603 et s.

¹¹ Soc, 4 juillet 2023, n° 23-70004, *Rev. Crit. DIP.* 2023. 924, note D. Bureau.

¹² F. Jault-Seseke, v° « Contrat de travail international », *Encyclopédie Dalloz de droit international*, Dalloz 2019, n° 50.

de travail, sur l'objectif de protection du travailleur¹³. De ce principe, la Cour déduit peu de temps après que le lieu d'exécution habituel du travail doit s'entendre au sens du « lieu où le salarié a établi le centre effectif de ses activités professionnelles et à partir duquel il s'acquitte en fait de l'essentiel de ses obligations à l'égard de son employeur »¹⁴. Dans l'affaire *Mulox*, cette analyse, revenait en pratique à permettre au travailleur de saisir les tribunaux de son propre domicile. L'avantage procédural, d'ailleurs explicitement revendiqué¹⁵, est donc à la fois important pour l'intéressé et notable dans le système de ce qui était alors la Convention de Bruxelles, puisqu'il s'agissait de la consécration d'une forme de *forum actoris*, exclu par la Convention et régulièrement stigmatisé comme for exorbitant par la Cour de justice.

La solution avait à l'époque été critiquée, en particulier du fait de la grande liberté que s'autorisait la Cour avec le libellé même du texte¹⁶. Pourtant, non seulement elle n'en a jamais dévié, mais, plus encore, la solution a été reprise par le législateur européen.

Du côté de la Cour, celle-ci pu affirmer quelque temps après que le lieu d'exécution habituel du travail devait être compris comme le lieu où « le travailleur a accompli la plus grande partie de son temps de travail », tout en laissant au juge national la possibilité d'établir que « l'objet de la contestation en cause présentait des liens de rattachement plus étroits avec un autre lieu de travail »¹⁷. La référence à la notion de « liens les plus étroits » introduisait un élément de flexibilité inattendu dans une règle qui, à première lecture, en est dépourvue. Elle a maintenu cette même flexibilité dans des situations de mise à disposition de travailleur¹⁸, ou dans le cadre du transport aérien¹⁹; elle l'a, surtout, étendue au conflit de lois, pour les mêmes raisons²⁰.

L'interprétation de la notion de lieu d'exécution est donc extensive, favorable au travailleur et vise bien à essayer de lier celui-ci à une collectivité de travail à laquelle il se rattache, même de façon ténue, par un lieu d'exécution du travail qui permet de véritablement localiser son activité. A l'inverse, le critère alternatif de la compétence du tribunal du lieu d'embauche est vu avec une grande méfiance par la Cour en raison de sa faible pertinence localisatrice et de ce qu'il est entièrement maîtrisé par l'employeur²¹. Il est de ce fait largement marginalisé.

¹³ CJCE, *Mulox*, 13 juillet 1993, aff. C-125/92, *Rev. Crit. DIP.* 1994. 569, note P. Lagarde, *Clunet* 1994, 539, obs. A. Huet, points 16 et 18.

¹⁴ CJCE, *Rutten*, 9 janvier 1997, aff. C-383/95, *Rev. Crit. DIP.* 1997. 336, note H. Gaudemet-Tallon, *Clunet* 1997, 635, obs. J.-M. Bischoff.

¹⁵ Arrêt *Rutten*, point 24 : « c'est à cet endroit que le travailleur peut, à moindre frais, tenter une action judiciaire à l'encontre de son employeur ou se défendre ».

¹⁶ v. par exemple les réserves de P. Lagarde, *note précitée*, p. 577, ou, plus encore, les vigoureuses critiques de J.-M. Bischoff, *obs. précitées*, p. 636.

¹⁷ CJCE, *Weber*, 27 février 2002, aff. C-37/00, *RJS* 2002, n°6, p. 511 et chr. MA Moreau, *JCP. E.* 2002, I, 203, n°4, obs. Coursier.

¹⁸ CJCE, *Pugliese*, 10 avril 2003, aff. C-437/00, *Procédures* 2003, Comm. 128, obs. C. Nourissat, *RJS* 2003, n°10, p. 754, obs. N. Moizard.

¹⁹ CJUE, *Nogueira e.a.*, 14 septembre 2017, aff. C-168/16, *Rev. Crit.* 2018. 279, note F. Jault-Seseke, *Clunet* 2018. 585, note L. Pailler.

²⁰ CJUE, *Koelzsch*, 15 mars 2011, aff. C-29/10, *Rev. Crit.* 2011. 447, note F. Jault-Seseke, *Clunet* 2012. 187 et CJUE, *Voogsgeerd*, 15 décembre 2011, aff. C-384/10, *Rev. Crit.* 2012. 648, note E. Pataut, *RDT.* 2012. 115, note F. Jault-Seseke.

²¹ V. part. CJCE, *Six Constructions*, 15 février 1989, aff. 32/88, *Rev. Crit. DIP.* 1989, 555, note P. Rodière, *Clunet* 1989, 461, obs. A. Huet.

Cette solution a ensuite été introduite dans les textes mêmes. Les dispositions des règlements Rome 1 et Bruxelles 1 ont en effet été amendées par rapport à celles qui les ont précédées, pour introduire cette même souplesse d'appréciation. Il n'est plus désormais question simplement de lieu d'exécution habituelle du travail mais bien de :

« lieu où ou à partir duquel le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant la juridiction du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail »²²

Ou de :

« pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail »²³.

La Cour de justice et le législateur européen ont donc uni leurs efforts pour procéder à un travail interprétatif qui permet de souligner la spécificité du critère du lieu d'exécution du travail. Apprécié simplement, celui-ci doit permettre une localisation pertinente de la relation de travail, même dans des cas où le lieu d'exécution du travail n'est pas fixe ou pas aisé à déterminer. Ce travail d'interprétation, comme la nouvelle formulation des règles de compétence ou de conflit de lois permet donc bien de « relocaliser » la relation de travail, en la rattachant, au-delà des termes du contrat, à l'ordre juridique avec lequel il présente le lien le plus significatif.

Il reste que ce travail interprétatif n'est pas aisé à faire et conduit parfois à de véritables tentatives de détournement de la compétence juridictionnelle ou, surtout, législative, de la loi française.

II. Contourner la régulation

La localisation du contrat de travail par le lieu d'exécution n'est pas aujourd'hui remise en cause dans son principe même. En revanche, les formes contemporaines du travail montrent qu'il est toujours tentant et parfois même possible, de le contourner. Les facilités permises par les transports, l'ouverture des frontières et les ressources informatiques, rendent aisée à manipuler l'opération de localisation du travailleur. Ces manipulations peuvent consister à se placer volontairement sous l'empire d'une loi, alors même qu'une autre loi pourrait sembler beaucoup plus significative de la relation de travail.

Les exemples abondent et ne se ressemblent pas tous. Si, en effet, la solution a paru progressivement se régler pour les travailleurs des transports (A), elle est beaucoup plus délicate pour les travailleurs détachés, aujourd'hui, et à distance, demain (B).

A. Travailleurs des transports

La question de la détermination du lieu d'exécution du travail est évidemment difficile à résoudre pour les travailleurs des transports, qui exécutent leur travail à bord d'un véhicule en mouvement et potentiellement difficile à localiser. Pour cette raison, doctrine et, surtout, jurisprudence, ont paru hésiter quant à l'utilisation d'un critère, qui paraissait inadapté. En matière de conflit de lois, différentes solutions ont été proposées : supprimer purement et simplement le lieu d'exécution du travail, pour passer directement au lieu d'embauche ou au

²² Règlement 1215/2012, Bruxelles 1 bis, article 21 al. 1 *litt. b, i*.

²³ Règlement 593/2008, Rome 1, article 8 §2.

contraire trouver des critères spécifiques à chaque mode de transport et soumettre, par exemple, les marins à la loi du pavillon ou le personnel aérien à la loi du lieu d'immatriculation²⁴.

Cette solution ne correspond pas au droit positif en Europe. La Cour de justice n'a en effet aucunement hésité à appliquer aux travailleurs des transports les règles qu'elle avait progressivement dégagé en matière d'interprétation des contrats de travail.

La Cour a pu l'affirmer pour les marins²⁵. Aucune raison, pour elle, d'écarter les marins de sa ligne d'interprétation générale, qui la conduit donc, selon la dialectique habituelle, à interpréter extensivement le lieu d'exécution et à marginaliser le lieu d'embauche. Comme elle l'affirme :

« la juridiction saisie doit tenir compte de l'ensemble des éléments qui caractérisent l'activité du travailleur et, notamment, établir dans quel État est situé le lieu à partir duquel le travailleur effectue ses missions de transport, reçoit les instructions sur ses missions et organise son travail, ainsi que le lieu où se trouvent ses outils de travail (...). S'il ressort de ces constatations que le lieu à partir duquel le travailleur effectue ses missions de transport et reçoit également les instructions pour ses missions est toujours le même, ce lieu doit être considéré comme étant celui où il accomplit habituellement son travail »²⁶.

Concrètement, cette exigence conduit les juridictions françaises à retenir le plus souvent comme rattachement principal le port d'embarquement²⁷.

Cette solution n'est pas propre aux marins. Elle est en effet proche en matière de transport routier²⁸ et, surtout, en matière de transport aérien.

La question est en cette matière d'une particulière importance en raison de l'émergence depuis le début de ce siècle, des compagnies aériennes dites *low cost*. On sait en effet que ces sociétés ont essayé de contourner l'application des lois nationales en plaçant systématiquement les travailleurs sous l'empire de lois qui leur étaient plus favorables ou mieux connues, notamment en invoquant le choix de loi ou, à défaut d'efficacité de celui-ci, les critères du lieu d'embauche et de l'immatriculation des aéronefs.

Ces tentatives se sont heurtées à une farouche résistance du législateur français et du juge européen.

En France, la réponse est passée par l'émergence d'un critère alternatif, celui de la base d'exploitation, désormais définie à l'article R. 6412-14 du code de l'aviation civile²⁹, qui

²⁴ Pour les marins, v. la discussion dans P. Chaumette (dir.), *Droits Maritimes*, Dalloz Action, 2021, n°413-34 ; pour le personnel aérien, v. les critiques, classiques de P. Lagarde après l'affaire *Air Afrique* : « Sur le contrat de travail international : analyse rétrospective d'une évolution mal maîtrisée », *Mélanges G. Lyon-Caen*, Dalloz, 1993, p. 83.

²⁵ CJUE, *Voogsgerd*, précité.

²⁶ *Ibid*, n° 38 et 39.

²⁷ Soc., 1 février 2017, 15-23.723. V. aussi les décisions des juges du fond, en particulier de la Cour d'Aix : Aix-en-Provence, 6 juill. 2023, n° 22-12937 ; Aix-en-Provence, 28 janv. 2022, n° 17-00663 ; Aix-en-Provence, 10 déc. 2021, n° 20-11509 ; Aix-en-Provence, 28 janv. 2021, n° 17-11805 ; Aix-en-Provence, 21 janv. 2021, n°18-02781

²⁸ CJUE, *Koelzsch*, précité.

²⁹ « Une base d'exploitation se définit par l'exercice d'une activité habituelle, stable et continue de transport aérien mettant en œuvre des moyens techniques, matériels et humains, dont le recours à des salariés ayant le centre effectif de leur activité professionnelle sur l'aérodrome concerné. Au sens des dispositions qui

permet de rattacher le personnel navigant à l'endroit où, habituellement, celui-ci prend son service et retourne après sa mission. Cette solution a été toutefois contestée par les compagnies aériennes *low cost*, qui ont tenté d'obtenir la nullité de la disposition, en arguant qu'elle serait à la fois contraire aux libertés de circulation et à la Convention de Rome sur la loi applicable aux contrats, alors en vigueur. La requête a toutefois été justement rejetée par le Conseil d'État³⁰, selon lequel l'activité régulière d'un employeur sur le territoire français, dont témoigne l'existence d'une base d'affectation, oblige celui-ci à se soumettre aux dispositions du code du travail français ; il n'y a là, pour le Conseil, nulle contradiction avec le droit de l'Union.

En Europe, cette solution permettant de relocaliser la relation de travail du personnel navigant aérien a elle aussi été suivie, non seulement en matière de compétence juridictionnelle³¹ mais encore en matière de sécurité sociale qui a explicitement importé la notion de base d'affectation³². Il ne fait guère de doute qu'elle serait aussi suivie par la Cour en matière de conflit de lois.

Les tentatives des compagnies aériennes de contourner le critère du lieu d'exécution se sont ainsi heurtées à l'opposition tant du législateur que du juge. Le travail conjoint a permis, progressivement, d'élaborer de nouveaux critères de rattachement alternatifs, permettant de recréer un lieu d'exécution du travail là où celui-ci semblait ne pas exister et, surtout, de rattacher un travailleur aux dispositions sociales d'un État avec lequel il entretient des liens étroits.

L'exemple des travailleurs des transports montre qu'il est possible de lutter contre les tentatives de détournement de l'autorité de la loi par des montages visant à isoler le travailleur de toute communauté. D'autres exemples, toutefois, sont moins encourageants.

B. Du travailleur détaché au télétravailleur

1. Localiser la relation de travail ?

La question du détachement de travailleurs salariés a fait l'objet d'une si intense discussion, à la fois juridique et politique, qu'il est sans doute impossible d'y revenir en quelques mots sans simplifier à l'excès la situation³³.

Pour s'y essayer néanmoins, on soulignera que la difficulté vient en substance de ce qu'il n'existe pas en la matière un mais bien deux lieux d'exécution du travail : le lieu d'exécution habituel et le lieu d'exécution temporaire. Le règlement Rome 1 règle la question de droit international privé en maintenant l'application de la loi du lieu d'exécution habituel. En toute première analyse, le travailleur détaché travaillera donc aux conditions qui sont celles dans son pays de travail d'origine.

Mais cette solution est difficilement acceptable pour plusieurs pays d'accueil, dont la France. Les considérations d'égalisation de concurrence et de protection des travailleurs convergent

précédent, le centre de l'activité professionnelle d'un salarié est le lieu où, de façon habituelle, il travaille ou celui où il prend et termine son service. »

³⁰ CE, 11 juillet 2007, *EasyJet Airlines Company Ltd et Sté Ryanair Ltd*, *Droit Social* 2007, 1159, concl. E. Prada Bordenave ; *adde* P. Morvan, « Y a-t-il du droit français dans l'avion ? Réflexions sur les salariés *low cost*, de Air Afrique à EasyJet », *Droit Social* 2007. 191.

³¹ CJUE, *Nogueira e.a.*, précité.

³² Article 11§5 du règlement 883/2004 et CJUE, *INAIL et INPS*, 19 mai 2022, aff. C-33/21.

³³ Pour une présentation d'ensemble, v. not. S. Hennion et al., *Droit social européen et international*, PUF, Coll. Thémis, 4^e éd., 2021, n° 226 et s.

ici pour n'accepter qu'avec réticence qu'un travailleur puisse, même temporairement, venir exécuter en France une prestation de travail à des conditions beaucoup moins contraignantes que ce qu'exige la loi française.

La solution, techniquement, a consisté à passer par la notion de loi de police, ces lois internationalement impératives, que le juge de l'État d'accueil peut imposer en vertu de l'article 9 du règlement Rome 1. Pour éviter toute discussion de qualification, une directive européenne, la directive 96/71, est venue préciser ce qu'il fallait entendre par là et procéder à une manière de codification des lois de police dont les États d'accueil pouvaient imposer l'application³⁴.

La solution est convaincante en ce qu'elle a permis d'imposer l'application des lois françaises dont le respect est, selon les termes même de l'article 9 du règlement Rome 1 « jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique ». Les exigences fondamentales de l'ordre juridique français ne sauraient être contournées sous prétexte de travail uniquement temporaire sur le territoire français. Qui exécute une prestation de travail sur le territoire, même brièvement, doit être soumis aux exigences du droit français. A nouveau, l'on voit combien derrière l'application de la loi du lieu d'exécution du travail, se dissimulent des objectifs fondamentaux de l'ordre juridique dont ces normes sont issues.

Les mêmes difficultés se posent aujourd'hui pour les télétravailleurs. En la matière, en effet, la dissociation entre lieux de travail est consubstantielle à la forme d'emploi et la localisation de la relation de travail peut être d'une difficulté encore plus grande.

Quelques éléments de réponse peuvent bien sûr être trouvés dans la jurisprudence européenne. A nouveau, les tous premiers arrêts, *Mulox* et *Rutten*, ont permis de montrer combien l'appréciation souple et factuelle du lieu d'exécution habituelle du travail pouvait conduire à prendre en compte le lieu où le travailleur effectue réellement sa prestation de travail, en tenant compte éventuellement de l'importance des tâches effectuées depuis son propre domicile³⁵. Il ne fait dès lors guère de doute que la notion même de lieu d'exécution du travail devra à nouveau faire l'objet d'une interprétation souple, impliquant une importante réflexion sur le lieu effectif de travail.

Cette réflexion est en cours, notamment en matière de sécurité sociale, où un accord-cadre signé en juillet 2023 permet de tenir compte de la réalité des rattachements du télétravailleur frontalier³⁶. Il ne fait aucun doute que des adaptations progressives seront nécessaires pour pouvoir traiter de toutes les difficultés posées par le télétravail. Il reste que l'exemple du détachement permet de montrer que les cadres posés sont suffisamment solides et souples pour prendre en compte les situations particulières sans pour autant

³⁴ Directive 96/71 du 16 décembre 1996 *concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*, JO n° L 18 du 21 janvier 1997, p. 1. La directive a été modifiée en 2018 : Directive 2018/957 du 28 juin 2018 *modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*, JO n° L 173 du 9 juillet 2018, p. 16.

³⁵ V. en part. l'arrêt *Mulox*, C-125/92, précité n°25

³⁶ B. Palli, « Le télétravail frontalier et transfrontalier : à la recherche d'un lien de rattachement spécifique », *RDT*, 2023, p. 655 et N. Mihman, « Législation applicable et télétravail transfrontalier : réflexions à partir de l'accord-cadre dérogatoire du 1er juillet 2023 conclu en matière de sécurité sociale », *Le Droit Ouvrier*, 2023, 644.

oublier « la dimension organisationnelle du rapport de travail »³⁷ et, partant, la communauté de travail qui se déploie derrière toute relation contractuelle individuelle.

Les catégories du droit international privé semblent donc d'une plasticité suffisante pour permettre de tenir compte efficacement de la particularité des situations de travail. Elles sont pourtant de peu d'utilité pour lutter contre de véritables contournements de la loi.

2. Lutter contre les détournements ?

Même si la directive détachement a efficacement rempli une partie de son office, elle n'a pas permis de résoudre toutes les difficultés, loin s'en faut. La première, sans aucun doute la plus célèbre et la plus discutée, est née de la difficile articulation entre application impérative de la loi du pays de détachement et respect des libertés de circulation illustrée en particulier par la fameuse affaire *Laval*³⁸.

Mais la seconde difficulté, l'important risque de fraude, n'est sans doute pas moindre. La combinaison entre la liberté de circulation des travailleurs et des services, d'un côté et l'organisation du détachement, de l'autre, a en effet permis des comportements opportunistes, parfois pudiquement qualifiés d'« optimisation sociale » permettant à un employeur dont l'activité se déploie essentiellement dans un État de réaliser toutes ses opérations économiques à partir d'un autre État. Rien de plus facile, aujourd'hui, que de créer une entreprise dans un État membre de l'Union et de développer l'intégralité de son activité dans un autre État de l'Union. Le contournement des règles de droit du travail est certes rendu difficile, sauf à violer frontalement la directive ; celui des règles de sécurité sociale, en revanche, est plus aisé, le règlement 883/2004 maintenant l'applicabilité de la loi du pays d'origine pendant 24 mois³⁹.

Cette difficulté est identifiée de longue date⁴⁰ et est aujourd'hui encore brûlante. D'importantes règles ont été posées, en particulier pour imposer une relocalisation de l'activité en cause, en exigeant notamment que l'employeur mène une activité réelle dans le pays à partir duquel il détache les travailleurs. Une directive européenne, spécifiquement consacrée à l'application de la directive détachement, s'y emploie⁴¹, à l'instar du droit français⁴². La même solution a été imposée par la Cour en matière de sécurité sociale⁴³. Les ressources du droit international privé sont donc, là encore, mobilisées pour tenter de faire coïncider la loi applicable et la réalité de la situation de travail⁴⁴.

Ces tentatives, pourtant, semblent aujourd'hui largement insuffisantes. Le détachement de travailleurs en Europe, en particulier combiné avec le travail intérimaire, est en effet devenu un véritable marché. Des entreprises de travail temporaires peuvent aisément proposer de

³⁷ N. Mihman, *ibid*, p. 651.

³⁸ CJUE, *Laval*, aff. C-341/05, 18 décembre 2007.

³⁹ Règlement 883/2004, article 12§1.

⁴⁰ V. not. P. Rodière, « Le droit européen du détachement de travailleurs : fraude ou inapplicabilité ? », *Droit social*, 2016, p. 598.

⁴¹ Directive 2014/67/UE du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO, n° L 159 du 28 mai 2014, p. 11.

⁴² Article L1262-3 du Code du travail.

⁴³ CJUE, Gr. ch., *Team Power Europe*, 3 juin 2021, aff. C-784/19, RDT. 2021. 468, note F. Jault-Seseke et S. Robin-Olivier.

⁴⁴ E. Pataut, « Fraude et détachement – Retour sur le détachement de travailleurs salariés en Europe », *RDT*. 2014. 23.

mettre à disposition sur le territoire de toute l'Union des travailleurs qui seront donc rattachés au système social, en particulier au système de sécurité sociale, de leur État d'origine. En cette matière, ces situations très préoccupantes sont, par ailleurs, rendues difficiles à combattre en raison des obstacles importants que la Cour de justice a imposé au nom de la coopération loyale à la contestation d'un rattachement de sécurité sociale qui ne correspondrait pas à la réalité de la localisation du travail⁴⁵.

Enfin, et peut-être surtout, l'absence de contrôle sérieux a pour conséquence la multiplication des fraudes en la matière, conduisant à des solutions proprement scandaleuses. C'est en particulier ce qu'a montré l'affaire *Terra Fecundis*, où des condamnations pénales ont été prononcées contre une société espagnole de travail temporaire en raison de conditions de travail contraires à la dignité humaine⁴⁶.

Tous ces exemples conduisent aujourd'hui à s'interroger sur des solutions plus radicales, comme interdire purement et simplement dans certains secteurs les mises à disposition de personnel par des entreprises de travail temporaire étrangères⁴⁷. L'Allemagne l'a fait dans le secteur de la viande⁴⁸ ; la France pourrait suivre cet exemple.

Il reste que la multiplication de ces situations montre que la solution à ces difficultés ne viendra probablement pas du droit international privé seul. La combinaison entre libertés de circulation et faible harmonisation sociale crée des effets d'opportunité qui rendent possibles et surtout irrésistibles les manipulations des différents éléments de rattachement d'une situation. Une relation de travail aujourd'hui peut aisément, être apparemment localisée dans un État et effectué dans un autre. L'intense créativité dont ont fait preuve Cour de justice, législateur de l'Union et législateur national a incontestablement permis de donner une souplesse à un critère de rattachement qui ne ressemble à aucun autre. Il reste qu'il est aujourd'hui nécessaire d'articuler cette souplesse avec des solutions matérielles qui, seules, pourront réussir à recréer des collectivités de travail qui sont parfois guettée par le délitement.

⁴⁵ V. p. ex. P. Mavridis, « Libre circulation et sécurité sociale dans l'Union européenne : le paradigme vertueux de la régulation au niveau mondial ? », *Mélanges A. Lyon-Caen*, 2018, p. 577, spéc. pp. 590 et s.

⁴⁶ T. Kapp et P. Ramackers, « L'affaire *Terra Fecundis* : les principaux enseignements », *Semaine Sociale Lamy*, 15 novembre 2021, n° 1975, p. 5.

⁴⁷ S. Robin-Olivier, « Le marché du détachement international de travailleurs dans l'Union européenne : une institution esclavagiste ? », *Mélanges M. A. Moreau*, Bruylant, 2022, p. 521.

⁴⁸ S. Robin-Olivier, *ibid.*, p. 538.