



**« Mise en place d'un Observatoire européen des
activités transfrontalières du secteur du travail
intérimaire »**

Rapport de recherche sur documents

**Par Ricardo Rodríguez (LABOUR ASOCIADOS) et José María
Miranda (Université de Saint-Jacques de Compostelle), en
collaboration avec Jean Jacques Paris (SECAFI-Groupe Alpha).**



Sommaire

1. INTRODUCTION.....	4
2. LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES ET PRESTATION DE SERVICES	5
3. CADRE JURIDIQUE	8
3.1 Distinction entre ces deux directives	10
3.2 Importance des conventions collectives	13
4. MODÈLES DE TRAVAIL TRANSFRONTALIER IMPLIQUANT DU TRAVAIL INTÉRIMAIRE.....	14
4.1 Travailleurs détachés dans le cadre d'une relation triangulaire	15
4.2 Travailleurs intérimaires transfrontaliers.....	19
5. ACTIVITÉ TRANSFRONTALIÈRE, CONVENTIONS COLLECTIVES ET ARRÊTS DE LA CEJ.....	27
6. INTERVENTION ADMINISTRATIVE : COOPÉRATION ET SURVEILLANCE	31
7. QUESTIONS DE SÉCURITÉ SOCIALE	32
8. TYPES DE CONTRATS.....	33
9. COMPÉTENCE JUDICIAIRE.....	34
10. DÉFIS POUR L'AVENIR	35
11. BIBLIOGRAPHIE SUCCINCTE PERTINENTE.....	37
12. DOCUMENTS PERTINENTS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE.....	37

1. INTRODUCTION¹

Ce travail est le fruit d'une mission de recherche conjointe menée dans le cadre d'un projet plus vaste sur « les activités transfrontalières dans le secteur du travail intérimaire », commandée par Eurociett et UNI europa dans le contexte du dialogue social sectoriel. Ce projet, financé par la DG Emploi, Affaires sociales et Égalité des chances de la Commission européenne, vise à analyser les mouvements transfrontaliers de travailleurs intérimaires ainsi que les conséquences et la mise en œuvre de la directive européenne sur le détachement de travailleurs.

Le présent rapport a été rédigé dans une perspective européenne plutôt que nationale. Il entend livrer deux analyses distinctes, en établissant une distinction entre les deux modèles ou scénarios les plus couramment observés dans ce domaine d'activité, à savoir, d'une part, le détachement de travailleurs à l'étranger et, d'autre part, la migration ou le déplacement de travailleurs embauchés sous contrat dans le pays d'accueil, dans le cadre des pratiques du secteur du travail intérimaire. L'un et l'autre scénario ont en commun l'existence d'une relation de travail triangulaire, telle que définie dans la directive sur le travail intérimaire (2008), que ce soit au niveau national ou au niveau transfrontalier.

Bien que notre étude porte sur des écrits, nous avons opté pour la rédaction non pas d'un « résumé » mais plutôt d'un rapport traitant des aspects, problèmes et défis les plus pertinents liés à ce sujet. Ainsi, le présent rapport servira de base pour comprendre la relation entre deux textes législatifs européens, dont l'un doit encore être transposé.

Dans notre analyse des textes, nous avons accordé une importance particulière à la jurisprudence de la Cour européenne de justice, parce que nous considérons qu'en général, elle est moins bien connue et qu'elle clarifie l'interprétation des dispositions communautaires. De plus, les partenaires sociaux européens ont suffisamment analysé et diffusé parmi leurs membres des études comparatives réalisées au niveau européen par la Commission européenne ou par la Dublin Foundation. Ces organisations ont effectué leur propre compilation des renseignements nationaux et ont ainsi livré des éléments très intéressants pour l'objet de la présente étude.

Le contenu de ce rapport doit être complété, parachevé et affiné au vu des réponses que livrera l'enquête envoyée aux membres d'Eurociett et d'UNI europa pour solliciter des données et des informations concrètes sur le développement opérationnel de cette réalité économique et sociale.

2. LIBRE CIRCULATION DES PERSONNES ET PRESTATION DE SERVICES

La libre circulation des personnes, une des pierres angulaires de l'Union européenne, est aujourd'hui solidement établie. Les statistiques montrent que la mobilité de la population active dans les territoires de l'UE se banalise de jour en jour et tout porte à croire que cette tendance va se poursuivre à l'avenir. En particulier, l'élargissement de l'UE à l'est s'est accompagné d'une nette augmentation des migrations des nouveaux États membres (NEM) vers les quinze « anciens » États membres (UE-15). D'après une étude récente réalisée pour le compte de la Commission², « *l'accroissement des migrations des NEM vers l'UE-15 s'est accompagné d'une modification des courants migratoires : L'Autriche et l'Allemagne, qui recevaient environ 60 pour cent de l'immigration avant l'élargissement de l'UE, ont été supplantées par l'Irlande et le R.-U. (pour les migrations provenant des 8 NEM) et par l'Espagne et l'Italie (pour l'immigration de Bulgarie et de Roumanie) comme première destination des immigrés des NEM.* » Si leur accès légal au marché de l'emploi de l'UE peut initialement être soumis à des restrictions transitoires – voir tableau 1 – une fois intégrés dans ce marché de l'emploi, ces travailleurs bénéficient pleinement de la majeure partie de la législation de l'UE et des législations nationales de l'État membre dans lequel ils travaillent.

En outre, l'intégration de travailleurs de pays tiers a suivi, ces dernières années, une évolution tout aussi constante. D'après le Rapport 2008 sur l'emploi en Europe (DG EMPL), pendant la période 2003-2007, le nombre de ressortissants de pays tiers vivant dans l'UE-15 semble avoir augmenté d'environ 3,4 millions. De plus, le nombre de citoyens de l'UE-15 vivant dans un autre pays de l'UE-15 a aussi augmenté de plus de 700.000 unités³.

Dans ce grand courant migratoire, dans lequel salariés et indépendants jouissent de différents niveaux de liberté, on distingue deux catégories principales ;

² D'après l'étude « Mobilité professionnelle au sein de l'UE dans le contexte de l'élargissement et fonctionnement des mesures transitoires » (2009), réalisée par le European Integration Consortium au nom de la DG Emploi, Affaires sociales et Égalité des chances, l'UE-15 recensait, avant l'élargissement, environ 900.000 résidents provenant des huit nouveaux États membres (NEM-8) d'Europe centrale et orientale ayant adhéré à l'UE le 1^{er} mai 2004. En 2007, le nombre de ces ressortissants résidant dans l'UE-15 est passé à environ 1,9 million. Pendant la même période, le nombre de ressortissants bulgares et roumains résidant dans l'UE est passé de quelque 700.000 à près de 1,9 million, bien que ces pays n'aient adhéré à l'UE qu'au 1^{er} janvier 2007. Selon les prévisions, nous passerons de 1,9 million en 2007 à 3,8 millions en 2020, dans les conditions institutionnelles actuelles, et à 4,4 millions lorsque la libre circulation sera finalement instaurée par tous les États membres de l'UE-15.

<http://ec.europa.eu/social/keyDocuments.jsp?type=0&policyArea=0&subCategory=0&country=0&year=2009&advSearchKey=transitional+arrangements&mode=advancedSubmit&langId=en>

³ D'après ce rapport, cette hausse du nombre de citoyens de l'UE-15 résidant dans un autre EM de l'UE-15 a été enregistrée principalement en Espagne et est due, pour une grande part, à des retraités. *L'emploi en Europe 2008*, chapitre 3 : Mobilité géographique professionnelle dans le contexte de l'élargissement de l'UE

Tableau 1. Politiques des États membres vis-à-vis des travailleurs des nouveaux États membres

État membre		Travailleurs de l'UE-8/UE-15	Travailleurs de BG et RO/UE-25
UE-15	Belgique	Libre accès (1 ^{er} mai 2009)	Restrictions avec simplifications
	Danemark	Libre accès (1 ^{er} mai 2009)	Libre accès (1 ^{er} mai 2009)
	Allemagne	Restrictions avec simplifications *	Restrictions avec simplifications *
	Irlande	Libre accès (1 ^{er} mai 2004)	Restrictions
	Grèce	Libre accès (1 ^{er} mai 2006)	Libre accès (1 ^{er} janvier 2009)
	Espagne	Libre accès (1 ^{er} mai 2006)	Libre accès (1 ^{er} janvier 2009)
	France	Libre accès (1 ^{er} juillet 2008)	Restrictions avec simplifications
	Italie	Libre accès (27 juillet 2006)	Restrictions avec simplifications
	Luxembourg	Libre accès (1 ^{er} novembre 2007)	Restrictions avec simplifications
	Pays-Bas	Libre accès (1 ^{er} mai 2007)	Restrictions avec simplifications
	Autriche	Restrictions avec simplifications *	Restrictions avec simplifications *
	Portugal	Libre accès (1 ^{er} mai 2006)	Libre accès (1 ^{er} janvier 2009)
	Finlande	Libre accès (1 ^{er} mai 2006)	Libre accès (1 ^{er} janvier 2007)
	Suède	Libre accès (1 ^{er} mai 2004)	Libre accès (1 ^{er} janvier 2007)
	Royaume-Uni	Accès – système d'enregistrement obligatoire des travailleurs (1 ^{er} mai 2004)	Restrictions avec simplifications
UE-10	République tchèque	Pas de mesures réciproques	Libre accès – loi nationale (1 ^{er} janvier 2007)
	Chypre	-	Libre accès (1 ^{er} janvier 2007)
	Estonie	Pas de mesures réciproques	Libre accès (1 ^{er} janvier 2007)
	Lettonie	Pas de mesures réciproques	Libre accès (1 ^{er} janvier 2007)
	Lituanie	Pas de mesures réciproques	Libre accès (1 ^{er} janvier 2007)
	Hongrie	Pas de mesures réciproques (1 ^{er} janvier 2009)	Libre accès (1 ^{er} janvier 2009)
	Malte	-	Restrictions
	Pologne	Pas de mesures réciproques (17 janvier 2007)	Libre accès (1 ^{er} janvier 2007)
	Slovénie	Pas de mesures réciproques (25 mai 2006)	Libre accès (1 ^{er} janvier 2007)
	Slovaquie	Pas de mesures réciproques	Libre accès (1 ^{er} janvier 2007)
UE-2	Bulgarie	-	Pas de mesures réciproques
	Roumanie	-	Pas de mesures réciproques

* Restrictions aussi au détachement de travailleurs dans certains secteurs (à partir du 1^{er} mai 2009) ;
Source : DG EMPL

La première se compose des travailleurs qui déménagent en vue d'obtenir un emploi (même temporaire) et un droit de séjour dans le pays d'accueil, ce qui les soumet intégralement à la législation de ce pays. Un exemple classique en est la mobilité temporaire, caractéristique du travail saisonnier.

La deuxième catégorie compte les travailleurs détachés temporairement dans un pays d'accueil avant de revenir dans leur pays d'origine et dont le contrat de travail est régi par la législation du pays d'origine.

Dès lors, deux systèmes juridiques peuvent entrer en conflit car ils régissent simultanément la même situation. Dans ce cadre de la mobilité, la flexibilité croissante du marché européen des services a une grande incidence, comme nous le verrons plus tard.

Bien que la directive 2006/123/CE⁴, dans la mesure où elle traite des services dans le marché intérieur, ait exclu des aspects liés aux mouvements de travailleurs de son champ d'application et en particulier les services fournis par les entreprises de travail intérimaire, il est possible de détecter, dans la jurisprudence de l'UE (d'après notre interprétation de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services), une tendance marquée à favoriser la circulation de travailleurs dans le cadre de prestations transnationales de services.

Dans ce contexte, l'activité du secteur intérimaire trouve, dans l'Union européenne, un environnement favorable à son développement. La récente adoption de la directive 2008/104/CE, qui contribue à l'application de politiques actives du marché du travail et au développement de la stratégie de Lisbonne, constitue un engagement de la part de l'Union et de ses États membres en faveur du rôle positif que les entreprises de travail intérimaire (ETI) peuvent jouer sur le marché de l'emploi actuel.

Vu les arrêts rendus dans les affaires *Höfner & Elser*, *Job Centre* et *Carra*, la nature de cette activité économique, consacrée dans le traité et dans le droit européen de la concurrence, ne peut être remise en question. Plus récemment, la Cour européenne de justice (CEJ) a approuvé la dimension transfrontalière de cette activité, dans son arrêt rendu dans l'affaire ITC⁵, faisant remarquer que faire obstacle à ces activités est contraire à la libre circulation des travailleurs et à la libre prestation de services. Seul un grave préjudice à la stabilité financière d'un régime de sécurité sociale ou l'appauvrissement d'une main-d'œuvre qualifiée peut justifier des restrictions à cette règle, des situations que la Cour ne mentionne que de façon théorique.

⁴ Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, 14^e considérant

⁵ Arrêt du 11 janv. 2007, ITC, C-208/05.

3. CADRE JURIDIQUE

Depuis 2008, deux directives exercent une influence décisive sur les activités transfrontalières du secteur du travail intérimaire dans l'Union européenne, bien que la directive sur le travail intérimaire soit encore subordonnée à sa transposition en droit national et ne soit donc pas encore (pleinement) applicable.

A) la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, qui traite de la circulation des travailleurs dans le contexte de la prestation de services, a été conçue pour garantir un « noyau dur » de droits du travail dans le pays d'accueil, avec la possibilité d'étendre ce noyau de dispositions au contexte de la politique publique (ordre public). Cette directive concerne le respect de certains droits du travail dans le pays d'accueil et a une portée transnationale. Son idée maîtresse est l'obligation faite aux États membres de garantir que – quel que soit le droit applicable à la relation d'emploi – les travailleurs détachés jouissent de certaines normes de protection minimales, en vigueur dans l'État membre sur le territoire duquel le travail est effectué pendant la période de détachement.

Le détachement transnational de travailleurs par une entreprise de travail intérimaire constitue une prestation de services au sens de l'article 49 (ex 59) du traité CE. Nous pouvons dès lors affirmer que la directive traite moins de questions relatives au « droit du travail » que d'aspects économiques.

C'est pour cette raison que la CEJ a officialisé un ensemble de principes bien établis dans sa jurisprudence concernant la libre prestation de services. Elle affirme, par exemple, à plusieurs occasions que, conformément à l'article 49 du traité CE, « l'application des réglementations nationales d'un État membre aux personnes recevant des avantages établis dans d'autres États membres doit être spécifique pour garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre cet objectif » (principe de proportionnalité).

De plus, c'est directement sur la base de l'article 49 du traité (et non sur la base de la directive concernant le détachement de travailleurs) que la Commission a eu des motifs justifiables de contester la compatibilité d'une loi allemande avec la législation communautaire. Cette loi énonce, en particulier, que les « entreprises étrangères de travail temporaire sont tenues de déclarer non seulement chaque mise à disposition d'un travailleur au profit d'une entreprise utilisatrice en Allemagne, mais aussi chaque modification relative à la mission assignée » (Affaire C-490/04, Commission des Communautés européennes contre République fédérale d'Allemagne).

Les normes de l'UE sont généralement applicables dans tous les pays appartenant à l'Espace économique européen (EEE), conformément à l'accord de partenariat signé

(article 68). En particulier, la directive 96/71/CE est d'application en Norvège⁶, pays qui se classe parmi ceux qui semblent accueillir les nombres les plus élevés de travailleurs détachés de l'UE. La décision, non encore publiée, concernant la directive sur le travail intérimaire 2008/104/CE serait imminente.

Des doutes ont été émis quant au degré d'efficacité de la mise en œuvre de la directive sur le détachement de travailleurs. Au niveau national, des restrictions sectorielles imposées dans certains pays, notamment en Allemagne, ont été à l'origine de protestations. Au niveau transnational, les affaires judiciaires les plus récentes (*Laval*, *Viking*, *Rüffert*, entre autres arrêts) ont placé cette directive sur le devant de la scène de la réalité sociale européenne actuelle et sa mise en œuvre ainsi que son interprétation pourraient constituer une des priorités législatives de la prochaine Commission⁷. La Commission européenne a aussi réclamé, dans plusieurs de ses communications et dans d'autres documents⁸, que les États membres coopèrent davantage et avec plus d'efficacité entre eux, pour encourager l'échange de renseignements administratifs, susceptibles d'atténuer les problèmes d'application (taxes, cotisations de sécurité sociale). Le Parlement européen a aussi pris position à plusieurs reprises sur la nécessité d'améliorer la mise en œuvre de cette directive⁹.

B) La directive 2008/104/CE, du Parlement européen et du Conseil du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire, a refermé le rideau sur un débat de près de 30 ans en Europe au sujet de la nécessité de fixer des exigences minimales pour la protection des travailleurs intérimaires. Elle rendra obligatoires deux principes déjà présents dans les législations de la plupart des États membres de l'UE, à savoir l'égalité de traitement et l'égalité de rémunération dès le premier jour de mission. En outre, elle laissera aux États membres un certain degré de flexibilité dans la mise en œuvre de ces principes au niveau national, surtout par le biais de trois formes de dérogations : pour les contrats à durée indéterminée, par le maintien ou la conclusion de conventions collectives ou, si des conventions collectives ne peuvent être déclarées

⁶ Décision du Comité mixte N° 37/98

⁷ Pour le moment, il est difficile de déterminer l'orientation que prendra la réforme. Deux forces s'affrontent en ce qui concerne l'application de cette directive : la défense des intérêts nationaux des travailleurs et la sauvegarde des droits des travailleurs détachés, d'une part, et la flexibilité d'un marché ouvert à la concurrence transnationale, d'autre part. En fin de compte, le problème principal consiste à trouver un moyen de concilier les libertés économiques prévues dans le traité et les droits fondamentaux du travail des travailleurs.

⁸ Entre autres, COM (2006) 159 – « Orientations concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services » et le document de travail interne connexe SEC (2006) 439 ainsi que la communication de suivi COM (2007) 304 – « Détachement de travailleurs dans le cadre de la prestation de services : en tirer les avantages et les potentialités maximum tout en garantissant la protection des travailleurs » et le document de travail interne connexe SEC (2007) 747.

⁹ Résolution du Parlement européen sur la mise en œuvre de la directive 96/71/CE dans les États membres 2003/2168 (INI) ; Résolution sur l'application de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs (2006/2038 (INI)) ; Résolution du 11 juillet 2007 sur la communication de la Commission intitulée « Détachement de travailleurs dans le cadre de la prestation de services : en tirer les avantages et les potentialités maximum tout en garantissant la protection des travailleurs » (P6_TA(2007)0340).

universellement applicables, par un accord conclu avec les partenaires sociaux. D'autres droits sont inclus dans cette norme, pour ce qui concerne l'égalité de traitement entre travailleurs intérimaires et travailleurs permanents : la rémunération, la protection des femmes enceintes et des mères allaitantes et le droit aux congés. De plus, les intérimaires bénéficieront des avantages suivants :

- ils seront informés des postes vacants dans l'entreprise utilisatrice afin qu'ils aient les mêmes opportunités d'accès à un emploi permanent que les autres travailleurs de cette entreprise ;
- ils auront l'égalité d'accès aux équipements collectifs (cantine, infrastructures d'accueil des enfants, service de transport), sauf si la différence de traitement est justifiée par des motifs objectifs.

Par ailleurs, les États membres doivent prendre des mesures appropriées ou promouvoir le dialogue entre les partenaires sociaux, conformément à leurs traditions et pratiques nationales, afin

a) d'améliorer l'accès des travailleurs intérimaires à la formation et aux infrastructures d'accueil des enfants dans les entreprises de travail intérimaire, même durant les périodes entre deux missions, afin d'améliorer leur développement de carrière et leur employabilité ;

b) d'améliorer l'accès des travailleurs intérimaires à la formation organisée pour les travailleurs de l'entreprise utilisatrice.

Cette directive doit être transposée de façon appropriée en droit national pour le 5 décembre 2011. C'est pourquoi la mise en œuvre de certains aspects spécifiques reste subordonnée à l'adoption de solutions dans chacun des 27 États membres. Une analyse des résultats qui auront été atteints par cette directive est vaguement prévue pour décembre 2013.

Cette directive mentionne la notion de « conditions essentielles de travail et d'emploi », qui doivent être définies au niveau national mais couvrent la durée du travail, les heures supplémentaires, les temps de pause, les périodes de repos, le travail de nuit, les congés, les jours fériés et la rémunération.

3.1 Distinction entre ces deux directives

Ces deux directives comportent des éléments communs :

- Leur champ d'application général concernant le travail intérimaire. La directive 2008/104/CE en traite expressément. Dans le cas de la directive 96/71/CE sur le détachement de travailleurs, la relation transfrontalière du travail intérimaire est aussi mentionnée expressément à diverses reprises :

En vertu de l'article 1, la directive 96/71/CE s'applique aux entreprises établies dans un État membre qui, dans le cadre d'une prestation de services

transnationale, détachent des travailleurs dans la mesure où... « 3 c) *en tant qu'entreprise de travail intérimaire ou en tant qu'entreprise qui met un travailleur à disposition, [elles] détachent un travailleur à une entreprise utilisatrice établie ou exerçant son activité sur le territoire d'un État membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise de travail intérimaire ou l'entreprise qui met un travailleur à disposition et le travailleur pendant la période de détachement.* »

L'article 3, para. 9, stipule : « *Les États membres peuvent prévoir que les entreprises visées à l'article 1er paragraphe 1 garantissent aux travailleurs au sens de l'article 1^{er} paragraphe 3 point c) le bénéfice des conditions qui sont applicables aux travailleurs intérimaires dans l'État membre sur le territoire duquel le travail est exécuté.* »

- La directive 2008/104/CE fait une référence expresse au détachement de travailleurs en relation avec sa (future) mise en œuvre : « La présente directive devrait s'appliquer dans le respect des dispositions du traité en matière de libre prestation de services et de liberté d'établissement et sans préjudice de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services. » (considérant 22 de la directive de 2008).

Il existe une importante différence concernant le champ d'application effectif :

- La directive 2008/104/CE a forcément une **portée nationale** ;
- La directive 96/71/CE a naturellement une **portée transnationale**.

Il s'agit là d'une distinction fondamentale. L'application de la directive sur le détachement de travailleurs prime sur celle de la directive de 2008 sur le travail intérimaire pour ce qui concerne les activités transfrontalières des entreprises de travail intérimaire. Toutefois, ces deux directives devraient être perçues comme mutuellement bénéfiques : les travailleurs intérimaires détachés bénéficieront des dispositions de la directive sur le travail intérimaire.

- Ces deux directives font référence à différentes normes pour situer le seuil de protection des travailleurs dans l'État membre d'accueil et révèlent une différence de degré quant à la nature de ces dispositions : dans le cas de la directive de 2008, dans ces matières, « les conditions essentielles de travail et d'emploi » devraient être appliquées dans le pays d'accueil (« *au moins celles qui leur seraient applicables s'ils étaient recrutés directement par ladite entreprise pour y occuper le même poste* », dit l'article 5, para. 1).

La directive sur le détachement de travailleurs, quant à elle, utilise l'expression « dispositions d'ordre public »¹⁰, en reconnaissant aux États membres la possibilité d'étendre les normes de protection de la main-d'œuvre à d'autres conditions de travail que celles visées à l'article 3, para. 1. L'interprétation de la portée des dispositions d'ordre public au sens abordé par la directive sur le détachement de travailleurs est controversée. La Commission a prévu une interprétation manifestement limitée (« ... doit être interprété en gardant à l'esprit l'objectif de faciliter la libre circulation des services dans la Communauté ... Les États membres ne sont pas libres d'imposer toutes les dispositions obligatoires de leur droit du travail aux prestataires de services établis dans un autre État membre »)¹¹. Face à cette interprétation des dispositions d'ordre public ancrée dans la libre circulation des services, d'autres (Kerstin Ahlberg, 2008) ont fait remarquer que la Cour européenne a, dans plusieurs de ses arrêts¹², accepté la protection des travailleurs comme étant une question d'intérêt général. Nous y reviendrons plus tard.

- Enfin, nous devons souligner une dernière distinction entre les deux directives lorsqu'il s'agit de l'application de l'expression « les conditions de travail les plus favorables » :
 - Dans la directive sur le détachement de travailleurs, ces conditions sont obligatoires (article 3, paragraphe 7) : « Les paragraphes 1 à 6 ne font pas obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs. »
 - Par contre, le principe des conditions plus favorables de la directive de 2008 est rédigé de façon différente (non obligatoire) : « La présente directive est sans préjudice du droit des États membres d'appliquer ou d'introduire des dispositions législatives, réglementaires ou administratives plus favorables aux travailleurs ou de favoriser ou de permettre des conventions collectives ou des accords conclus entre les partenaires sociaux plus favorables aux travailleurs. » (Article 9, paragraphe 1. Exigences minimales)

¹⁰ Article 3, para. 10, de la directive 96/71/CE : « La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres, dans le respect du traité, imposent aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres États, d'une façon égale, des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées au paragraphe 1, premier alinéa, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public »

¹¹ COM (2003) 458 final. 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/CE dans les États membres.

¹² Travail de nuit dans les boulangeries : *Oebel*, Affaire 155/80 ; travail le dimanche : *Conforama*, Affaire 312/89 ; Temps de travail, santé et sécurité non liés à des considérations économiques : *Sindicato de Medicos de Asistencia Publica* (Simap), Affaire C-303/98

3.2 Importance des conventions collectives

Outre ces deux directives et leurs transpositions respectives en droit national, nous devons aussi prendre en considération le rôle important joué par la négociation de conventions collectives (d'application universelle), applicables aux travailleurs détachés dans un cadre transfrontalier, que ce soit au niveau sectoriel (travail intérimaire) ou au niveau de l'entreprise utilisatrice elle-même et qui couvrent tant les travailleurs détachés directement (dans le cadre d'une prestation transnationale de services) que ceux qui ont été déplacés dans le cadre de la libre circulation des travailleurs. En général, cet aspect est fort tributaire des spécificités de chaque régime national de relations sociales (voir, par exemple, le cas de l'Allemagne, où la pleine applicabilité de la directive 96/71/CE a été restreinte à trois secteurs – une situation qui a changé depuis avril 2009, à la suite d'une réforme de la *Arbeitnehmer-Entsendegesetz*)¹³.

Dans le cas des travailleurs détachés, les réglementations établies dans l'éventuelle convention collective auront une incidence sur « les conditions de travail et d'emploi » dans l'État membre où le travail est effectué (article 3, paragraphe 1, de la directive 96/71/CE).

La directive sur le travail intérimaire mentionne à plusieurs reprises la possibilité que les partenaires sociaux puissent s'auto-réglementer dans des domaines concernant l'égalité de traitement (article 5, para. 3 et 4)¹⁴, surtout en l'absence de conventions collectives d'application universelle.

Nous décrivons essentiellement l'activité dans les territoires de l'UE mais ne devons pas oublier pour autant que les entreprises de travail intérimaire détachent aussi des

¹³ D'après le Ministère fédéral de l'Économie et de la Technologie, la loi sur le détachement de travailleurs a été étendue à d'autres secteurs et a été actualisée par le biais de la fixation de conditions de travail minimales. Les branches couvertes par une convention collective à plus de 50 pour cent peuvent, sur la base d'une demande conjointe introduite par les parties à la négociation collective, être intégrées dans le champ d'application de la loi.

¹⁴ Art. 5, para. 3 : « Les États membres peuvent, après avoir consulté les partenaires sociaux, leur offrir la possibilité de maintenir ou de conclure, au niveau approprié et sous réserve des conditions fixées par les États membres, des conventions collectives qui, tout en garantissant la protection globale des travailleurs intérimaires, peuvent mettre en place, pour les conditions de travail et d'emploi des travailleurs intérimaires, des dispositions qui peuvent différer de celles qui sont visées au paragraphe 1. »

Art. 5, para. 4 : « Pour autant qu'un niveau de protection suffisant soit assuré aux travailleurs intérimaires, les États membres dans lesquels il n'existe pas de système juridique conférant aux conventions collectives un caractère universellement applicable ou dans lesquels il n'existe pas de système juridique ou de pratique permettant d'étendre les dispositions de ces conventions à toutes les entreprises similaires d'une zone géographique ou d'un secteur donné peuvent, après consultation des partenaires sociaux au niveau national et sur la base d'un accord conclu avec eux, mettre en place, en ce qui concerne les conditions essentielles de travail et d'emploi, des dispositions qui dérogent au principe énoncé au paragraphe 1. Ces dispositions peuvent notamment prévoir un délai d'accès au principe de l'égalité de traitement. »

travailleurs en dehors de cette zone géographique. L'analyse des pratiques en usage hors des frontières de l'UE sort toutefois du cadre de notre étude et de celui du projet général.

4. MODÈLES DE TRAVAIL TRANSFRONTALIER IMPLIQUANT DU TRAVAIL INTÉRIMAIRE

L'activité transfrontalière du secteur du travail intérimaire au sein de l'UE tend à revêtir deux formes juridiquement très différentes, que nous analyserons dans cette étude. Dans les deux cas, elle doit toutefois répondre à un critère de base, à savoir qu'elle doit reposer sur une relation juridique triangulaire impliquant deux donneurs d'ordre. En vertu des directives 91/383/CEE¹⁵ et 2008/104/CE, cette relation triangulaire est établie entre :

- l'entreprise de travail intérimaire : toute personne physique ou morale qui, conformément au droit national, conclut des contrats de travail ou noue des relations de travail avec des travailleurs intérimaires en vue de les mettre à la disposition d'entreprises utilisatrices pour y travailler de manière temporaire sous le contrôle et la direction desdites entreprises
- l'entreprise utilisatrice : toute personne physique ou morale pour laquelle et sous le contrôle et la direction de laquelle un travailleur intérimaire travaille de manière temporaire ;
- le travailleur : toute personne qui, dans l'État membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi et est mise à la disposition de l'entreprise utilisatrice en vue d'y travailler sous le contrôle et la direction de ladite entreprise.

Lorsque nous nous trouvons dans le cadre de cette relation de travail triangulaire spécifique et dans le contexte d'activités transfrontalières, nous pouvons en pratique distinguer deux modèles :

1. Le détachement de travailleurs d'un État membre dans un autre dans le cadre d'une relation triangulaire, soit le détachement de travailleurs par une entreprise de travail intérimaire (ETI) à une entreprise utilisatrice située dans un EM autre que celui de l'ETI effectuant le détachement. Il s'agit d'un cas typique d'activité transnationale dans le cadre de la libre prestation de services dans l'UE.
2. Le fait pour un travailleur de se rendre, de sa propre initiative ou sur demande¹⁶, d'un État membre dans un autre, où il est embauché par l'ETI pour travailler dans

¹⁵ Directive 91/383/CEE du Conseil, du 25 juin 1991, complétant les mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé au travail des travailleurs ayant une relation de travail à durée déterminée ou une relation de travail intérimaire.

¹⁶ Les travailleurs intérimaires peuvent se déplacer de leur propre initiative mais peuvent aussi être appelés, individuellement ou collectivement, tout en étant encore dans leur pays d'origine, par l'ETI (ou par une entreprise utilisatrice qui utilise les services d'une ETI) dans le pays d'accueil. Cela signifie que

l'État d'accueil. Dans ce second cas de figure, plusieurs variantes peuvent être observées mais, vu l'axe de cette étude, nous nous concentrerons sur les migrations temporaires.

4.1 Travailleurs détachés dans le cadre d'une relation triangulaire

Ce type de détachement est réglementé par la directive 96/71/CE, susmentionnée, qui définit un « travailleur détaché » comme étant un travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un État membre autre que l'État sur le territoire duquel il travaille habituellement. Cette directive a été conçue pour réglementer ces détachements, en imposant l'application du droit de l'État d'accueil, ou plus précisément les principes fondamentaux de son droit du travail, soit certaines des conditions de travail les plus importantes.

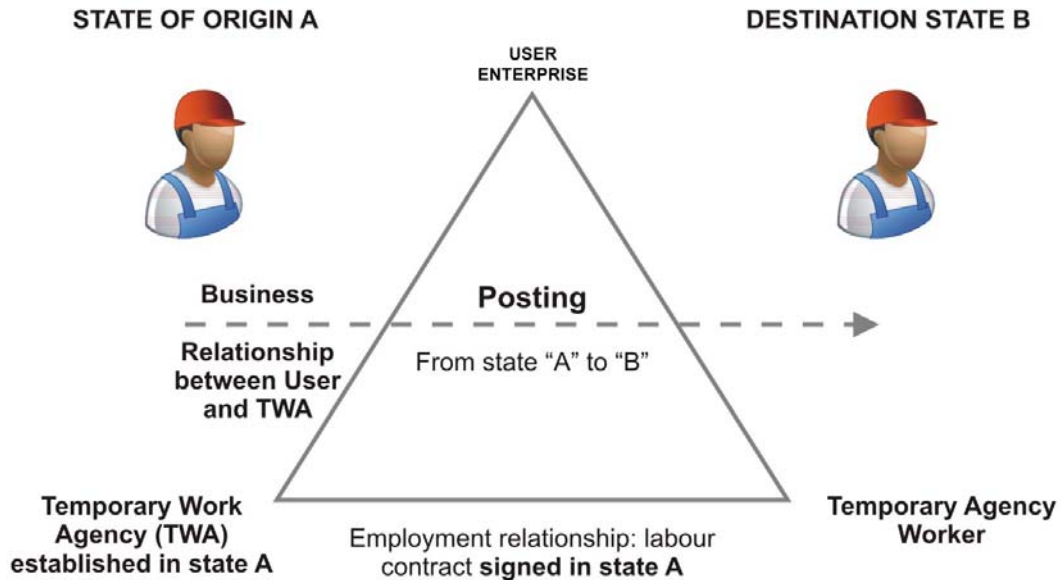
Fondamentalement, ce qui est important dans cette relation, c'est que le détachement ait lieu dans le cadre d'une relation triangulaire : il existe, d'une part, un contrat commercial entre l'entreprise utilisatrice et une ETI située dans un autre État et, d'autre part, un contrat d'emploi entre l'ETI et le travailleur à détacher, soumis au droit du travail du pays où le contrat est conclu, sans préjudice de certaines exceptions.

Ces deux contrats de nature différente sont signés conformément à deux législations nationales différentes. C'est en raison de cette disparité de normes qu'il est crucial d'atteindre un certain degré de compatibilité entre les aspects commerciaux et les aspects relatifs à l'emploi. Par exemple, la période pendant laquelle l'ETI preste un service pour l'entreprise utilisatrice devrait être compatible avec la durée maximale légalement autorisée d'un contrat d'emploi de travail intérimaire dans le pays d'accueil.

En résumé, il y a deux contrats : un contrat en vertu du droit du travail (entreprise de travail intérimaire et travailleur) et un contrat commercial (entreprise utilisatrice et entreprise de travail intérimaire). En supposant que la prestation de services ait une dimension transnationale, le droit applicable au niveau européen est la directive 96/71/CE ou, éventuellement, le droit international privé.

leur sélection et leur recrutement peuvent être traités par d'autres entreprises dans le pays d'origine et que leurs conditions de voyage pour se rendre dans le pays d'accueil, où ils seront à terme embauchés sous contrat par l'ETI, peuvent même être couvertes par la convention collective, comme c'est le cas aux Pays-Bas (nous y reviendrons plus loin).

Figure 1. Travailleurs détachés dans le cadre d'une relation triangulaire



ÉTAT D'ORIGINE A

ÉTAT D'ACCUEIL B

ENTREPRISE UTILISATRICE

**Relation commerciale
entre utilisatrice et ETI**

**Détachement
de l'État « A » à l'État « B »**

**Entreprise de travail
intérimaire (ETI)
établie dans l'État A**

**Relation d'emploi :
contrat de travail
signé dans l'État A**

**Travailleur
intérimaire**

De même qu'il n'existe pas de données fiables sur le nombre de travailleurs détachés dans l'UE, on ne dispose pas non plus de chiffres exacts concernant le nombre de travailleurs intérimaires¹⁷. D'après le rapport de 2008 sur l'Emploi en Europe et sur la base des données fournies par les institutions de sécurité sociale des pays d'origine pour chaque détachement ne dépassant pas 12 mois – travail intérimaire compris – on estime que le chiffre ne dépasse pas 1 million de travailleurs, soit à peine 0,4% de la population active de l'UE¹⁸. D'après les sources administratives de ces États membres,

¹⁷ Un chiffrage approximatif de ces mouvements est actuellement en cours de réalisation dans le cadre de ce projet, via un sondage effectué par le Working Lives Research Institute parmi les affiliés d'UNI europa et d'Eurociett.

¹⁸ Ces données concernent les travailleurs détachés dans un autre État membre, y compris dans l'Espace économique européen et la Suisse. Elles ne couvrent pas les travailleurs détachés de France, d'Espagne, de Roumanie et de Bulgarie.

environ 750.000 travailleurs ont été détachés, dont 80% dans l'UE-15 et 4% seulement dans les NEM. Le reste a été détaché dans d'autres pays de l'EEE et en Suisse, ou a été réparti entre divers pays d'accueil ou encore a participé à des activités du secteur du transport concernant plusieurs pays.

Le même rapport nous livre des données sur les pays d'accueil qui ont traditionnellement accueilli les plus grands nombres de ces travailleurs détachés : d'après les chiffres de 2006, l'Allemagne vient en tête, avec 150.000 détachés, bien que d'autres pays aient aussi admis de grands nombres, notamment le Royaume-Uni, la France et les Pays-Bas. D'autres pays se caractérisent comme nations « d'envoi » pour ce qui concerne ce groupe de travailleurs ; la Pologne (200.000 travailleurs détachés) ou l'Allemagne (192.000) en sont des exemples notoires.

La règle essentielle concernant le détachement de travailleurs est le respect des conditions de travail de l'État d'accueil, sauf si celles-ci sont moins favorables que celles de l'État d'origine, auquel cas ce sont ces dernières qui sont applicables. D'après l'article 3, paragraphe 1 de cette directive, les règles fondamentales à respecter sont notamment les 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 santé, la sécurité 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.

Néanmoins, comme l'a fait remarquer la Commission [COM(2003) 458], les États membres ne sont pas libres d'imposer toutes les dispositions obligatoires de leur droit du travail aux prestataires de services établis dans un autre État membre. Essentiellement, seules les normes envisagées dans l'article 3, para. 1, doivent être respectées.

Dans ce cadre, le régime de travail intérimaire relève de la notion restreinte de dispositions d'ordre public, qui, selon l'arrêt *Arblade*¹⁹, vise « des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci ».

Restrictions

En règle générale, quatre catégories principales de mesures restrictives s'appliquent au travail intérimaire (EIRO, 2008) au niveau national:

- a) la définition des situations dans lesquelles il est permis de recourir à une ETI (« motifs d'utilisation »);
- b) un plafonnement du nombre de travailleurs intérimaires pouvant être employés dans toute entreprise donnée ; cette restriction peut aussi figurer dans des conventions collectives.
- c) l'exclusion du travail intérimaire de certains secteurs, notamment du secteur de la construction, en Espagne, ou des secteurs publics, tant en Espagne qu'en Belgique.
- d) des restrictions imposées au nombre et à la durée des missions d'intérim.

Lorsque la directive 2008/104/CE sera totalement mise en œuvre au niveau national, toutes les mesures susmentionnées devront être revues, conformément à l'article 4 de cette directive, et ne devraient être maintenues que pour « des raisons d'intérêt général tenant, notamment, à la protection des travailleurs intérimaires, aux exigences de santé et de sécurité au travail ou à la nécessité d'assurer le bon fonctionnement du marché du travail, et d'empêcher les abus. »

Quoi qu'il en soit, certaines de ces pratiques ont une incidence directe sur l'activité transnationale. La directive 2008/104/CE sur le travail intérimaire, par exemple, ne vise pas à harmoniser des situations qui permettent le recours à une ETI et dans lesquelles les spécificités nationales sont laissées intactes. Cela pourrait mener à des situations contradictoires, où des travailleurs effectueraient, dans le pays d'accueil, des travaux interdits par la législation de leur pays d'origine. Un exemple illustre bien cette préoccupation : la durée des missions telle que définie dans le contrat de l'ETI, vu que la durée de ce type de contrat varie selon la législation de chaque pays ou selon les conventions collectives nationales (par ex. illimitée aux Pays-Bas, au R.-U., en Allemagne et en Finlande, mais de 12 à 24 mois dans certaines circonstances en Belgique, Espagne et France).

¹⁹ Arrêt du 23 nov. 1999, *Arblade* (C-369/96 et C-376/96).

Nous devrions garder à l'esprit qu'une fois que la directive 2008/104/CE aura été transposée, les aspects couverts par sa mise en œuvre échapperont aux contrôles nationaux car ils seront considérés comme satisfaisant au contenu du droit communautaire dans le pays d'origine et que leur respect ne peut être requis deux fois (principe évoqué dans *Commission c. Luxembourg*²⁰, concernant les obligations d'information écrite sur les travailleurs détachés). Il sera très intéressant de dresser rapidement une liste des conditions nationales qui resteront valables pour définir la politique publique nationale.

Un aspect particulièrement intéressant est l'admission par la Cour de justice des clauses de co-responsabilité de l'entreprise mettant le travailleur à disposition et de l'entreprise utilisatrice, notamment dans l'arrêt *Wolff & Müller*²¹. La directive 2008/104/CE invite les États membres à adopter des mesures de protection mais sans en définir le contenu. La portée de ces clauses varie considérablement d'un État membre à l'autre et ne sera pas harmonisée ; ces clauses devraient dès lors être examinées afin de vérifier si elles ne vont pas au-delà des normes de la Cour de justice. De plus, les obstacles de procédure pour leur application effective méritent aussi une analyse approfondie.

En outre, nous ne devrions pas oublier qu'au-delà des mesures strictes de droit du travail, d'autres dispositions juridiques peuvent contrebalancer le principe de la libre prestation de services. Des règles telles que celles qui concernent les retenues fiscales applicables aux donneurs d'ordre qui louent les services de sous-traitants étrangers employant des ressortissants de pays tiers ont été condamnées par la Cour de justice²² et doivent aussi être exclues des législations nationales.

4.2 Travailleurs intérimaires transfrontaliers

Une deuxième forme possible d'activité transfrontalière d'ETI est celle dans laquelle le mouvement du travailleur entre des États membres se produit avant la signature d'un contrat d'emploi. Ce serait le cas d'un ou plusieurs individus qui, soit par leurs propres moyens ou de façon organisée, se rendent dans un autre État membre, où ils sont embauchés par une ETI et détachés dans une entreprise utilisatrice.-

Dans ce cas, l'aspect transfrontalier précède donc l'embauche par l'entreprise de travail intérimaire, ce qui est rendu possible par la libre circulation des travailleurs. Dans ce scénario, il n'y a pas eu de détachement de travailleurs par une ETI du pays d'origine et, partant, la directive 96/71/CE ne s'applique pas. Dans le cadre de la relation triangulaire, le contrat de travail entre l'ETI et le travailleur est signé dans le pays d'accueil, après réception d'une demande de l'entreprise utilisatrice.

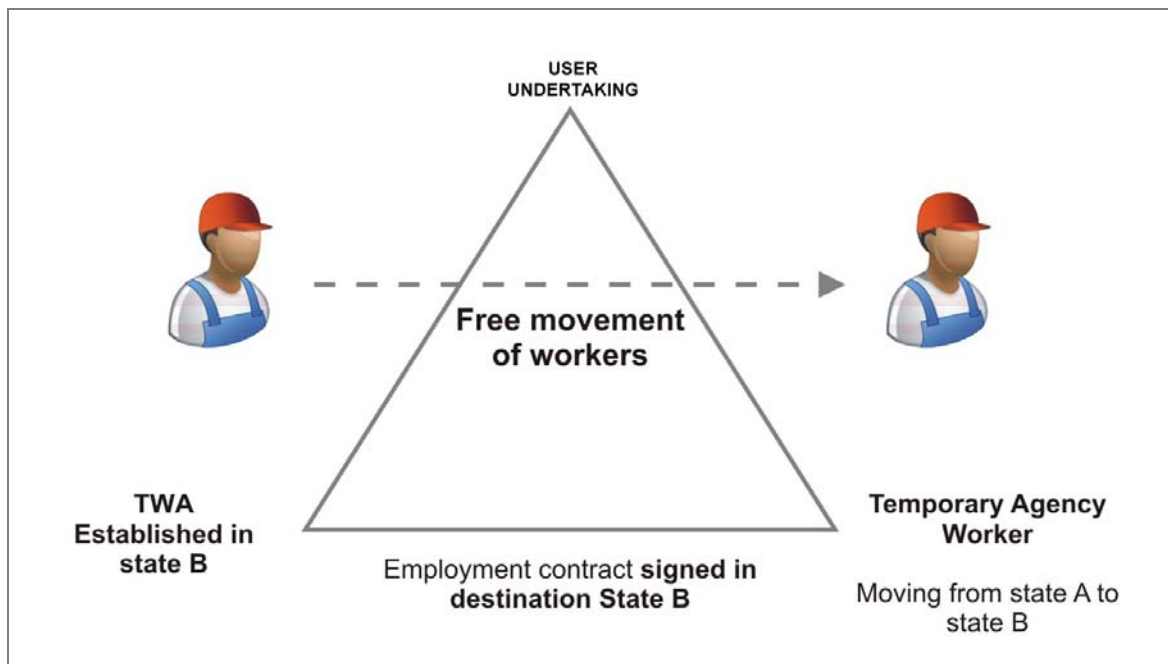
²⁰ Arrêt du 19 juin 2008, *Commission c. Luxembourg* (C-319/06).

²¹ Arrêt du 12 oct. 2004, *Wolff & Müller* (C-60/03).

²² Arrêt du 9 nov. 2006, *Commission c. Belgique* (C-433/04).

Bien qu'elle ne traite pas directement du sujet des travailleurs intérimaires, la conclusion de la CEJ dans *Clean Car AutoService*²³, entre autres, mérite d'être soulignée : elle établit, de façon générale, le droit de tous les entrepreneurs de chercher leurs travailleurs librement dans d'autres États membres. Dans cette situation, pour les citoyens d'un État membre, la libre circulation des travailleurs est directement implicite et les règles et difficultés juridiques sont considérablement réduites. Les citoyens de pays tiers, par contre, peuvent être soumis à des règles concernant les permis de travail, des restrictions, etc.

Figure 2. Travail transfrontalier (temporaire avec intention de retour)



**ENTREPRISE
UTILISATRICE**

Libre circulation des travailleurs

**ETI
établie dans
l'État B**

**Contrat d'emploi signé dans
l'État d'accueil B**

**Travailleur
intérimaire**

**Se déplace de
l'État A à l'État B**

Malgré le manque de statistiques fiables, tout porte à conclure que cette dynamique transfrontalière concerne bien plus de travailleurs que celle du détachement de travailleurs par une ETI du pays d'origine. Cela revient à dire que la part des travailleurs transfrontaliers ou des travailleurs migrants temporaires embauchés par les

²³ Arrêt du 7 mai 1998, *Clean Car Autoservice* (C-350/96).

ETI de l'État membre d'accueil est bien plus élevée que celle des travailleurs détachés dans le cadre d'activités transfrontalières.

Variantes

Il existe des variantes à ce modèle de libre circulation. Aux fins de notre étude, nous nous concentrerons sur les possibilités de solutions trouvées par les partenaires sociaux au niveau national et sur les pratiques commerciales élaborées par les ETI qui ont un impact transnational, c'est-à-dire sur les moyens de générer et de réglementer la circulation organisée et collective des travailleurs qui voyagent (sans avoir été détachés) d'un EM à un autre pour être embauchés dans l'État d'accueil par une ETI.

L'autonomie des parties contractantes joue un rôle bien plus élevé ici que dans le détachement de travailleurs et il est donc plus difficile d'élaborer un scénario général.

Les points les plus controversés de cette situation sont aux confins du droit du travail. Il n'existe pas de règles européennes spécifiques concernant le transport, l'assurance spécifique pour le voyage, le logement ou d'autres aspects liés à ces travailleurs car ces déplacements de personnes relèvent du principe de la libre circulation des travailleurs. Ces situations ont parfois ouvert la porte à des fraudes et des abus. Par conséquent, il reste aux partenaires sociaux nationaux et européens une marge pour conclure des accords afin d'améliorer la façon dont la circulation des travailleurs se fait, en prévoyant des garanties accrues, et les autorités publiques ont encore la possibilité d'adopter les mesures nécessaires, le cas échéant.

Par conséquent, il faut concilier, d'une part, la reconnaissance qu'une demande spécifique de main-d'œuvre (que ce soit pour un travail ou pour un service) a été faite à une ETI par une entreprise utilisatrice pour faciliter l'embauche de travailleurs d'un autre EM et, d'autre part, la nécessité d'encourager et de promouvoir la transparence de ces mouvements migratoires collectifs, de sorte que les travailleurs ne les entreprennent pas de leur propre initiative et (lorsqu'ils ne bénéficient pas de la protection de l'organisation qui a fait la demande) à leurs propres risques.

À cet égard, un cas néerlandais notoire mérite d'être brièvement présenté : une entreprise utilisatrice demande à une ETI de recruter des travailleurs dans un autre État, en organisant tous les détails relatifs au recrutement, à la sélection, au transport, ... pour que le contrat d'emploi soit signé aux Pays-Bas. Dans ce cas, il semble que l'entreprise de travail intérimaire joue le rôle d'une entreprise de placement. Pour rendre plus transparente cette pratique, apparemment inconnue dans d'autres États, des négociations collectives ont été entamées afin de fixer un ensemble spécifique de règles. Celles-ci concernent les intérimaires qui ne résident pas dans le pays. L'exemple le plus clair en est la Convention collective pour les intérimaires (ABU-CAO), qui couvre la période 2009-2014, et son chapitre 10 (articles 44 à 46), dont nous reparlerons plus loin, qui illustre une forme de réglementation de ce type de situation comportant une certaine dimension extra-territoriale.

Les Pays-Bas ne sont certainement pas le seul État membre comptant beaucoup de travailleurs intérimaires transnationaux mais offrent certainement l'exemple le plus clair et le mieux connu d'un pays ayant adopté une réglementation spécifique. Toutefois, nous ne devrions pas passer sous silence d'autres variantes nationales, moins connues.

Nul ne remettra en question la nécessité d'explorer des alternatives réelles via des conventions collectives et les pratiques commerciales individuelles des ETI dans chaque pays. L'analyse des pratiques commerciales de multinationales présente un intérêt particulier car ces entreprises opèrent de façon coordonnée, conformément aux différents systèmes juridiques et peuvent donc devoir traiter des cas de droit commercial.

La mise en œuvre de la directive 2008/104/CE jouera un rôle central dans ces cas. Néanmoins, elle n'harmonisera pas les situations où une ETI peut être utilisée, ce qui préservera les spécificités nationales.

Vu les différences et les convergences qui existent entre les deux situations, nous illustrons de façon générale, dans un tableau ci-dessous, les réglementations statutaires qui s'appliquent à chaque cas.

Relation triangulaire transfrontalière

Conditions de travail applicables dans l'État membre d'accueil

Application	Travailleurs intérimaires détachés	Travailleurs intérimaires migrants temporaires
Norme européenne applicable	Directive 96/71/CE	Directive 2008/104/CE
Législation nationale	Celle qui découle de la transposition de la directive	Transposition obligatoire pour le 5 décembre 2011
Signature d'un contrat de travail	Dans l'EM d'origine	Dans le pays d'accueil
Contrat entre l'entreprise utilisatrice et l'ETI	Selon le choix des deux parties (Art. 3 R. 593/2008) ; ou art. 4 : la fourniture d'un contrat de services est régie par le droit du pays où le prestataire de services a son lieu permanent de résidence	Dans le pays d'accueil
Domaines des conditions de travail soumis à une réglementation	Les règles fondamentales définies dans l'article 3, paragraphe 1*	Les « conditions essentielles de travail et d'emploi » liées : 1) à la durée du travail, aux heures supplémentaires, aux temps de pause, aux périodes de repos, au travail de nuit, aux congés et aux jours fériés ; 2) à la rémunération.
Régime juridique applicable aux conditions de travail et d'emploi	<ul style="list-style-type: none"> • Quel que soit le droit applicable à la relation d'emploi, la totalité du droit du pays d'accueil est applicable aux domaines déjà évoqués, qui relèvent des normes d'efficacité générale (universellement applicables), sans préjudice des dispositions du pays d'origine lorsque celles-ci sont plus favorables. Tout aspect non couvert par la directive relève des dispositions de l'EM d'origine. • Les conventions collectives universellement applicables. <p>Par exemple, les conventions collectives sectorielles d'Espagne. Mais celles de France ne seraient, en principe, pas applicables car elles ont une applicabilité limitée (bien qu'elles puissent être appropriées).</p> <p>La définition de conventions</p>	<p>Au moins les conditions essentielles de travail et d'emploi qui s'appliqueraient si ces travailleurs avaient été recrutés directement par l'entreprise pour occuper le même poste. Art. 5, para. 1</p> <p>Exemple : Le système juridique intégral du pays en général ou du secteur ou du domaine spécifique de réglementation devrait être appliqué dans la mesure où il affecte le travailleur ou l'emploi en question.</p> <p>Exemple : des conventions non universellement applicables au niveau national, régional, local ou sectoriel s'appliqueront uniquement lorsqu'elles couvrent les parties signataires de la convention collective.</p>

Application	Travailleurs intérimaires détachés	Travailleurs intérimaires migrants temporaires
	<p>collectives universelles selon la directive sur le détachement de travailleurs, art. 3, par. 8** (voir ci-dessous) et l'interprétation établie (négativement) par l'arrêt Rüffert : ce qui n'affecte qu'une partie d'un secteur ou un type particulier de contrat ne peut être considéré comme d'application générale</p> <p>Dans les cas où il n'y a pas de convention collective</p>	<p>Un exemple connexe spécifique de l'action protectrice d'une convention collective : la convention collective néerlandaise qui « couvre » les situations de travailleurs transfrontaliers.</p>
<p>Possibilité de dérogations et d'exceptions au système général d'application aux conditions de travail</p>	<p>Dérogations de l'art. 3, para. 2*** et de l'art. 10**** « dans le cas de dispositions d'ordre public » (voir ci-dessous)</p>	<p>Art. 5, para. 3 et 4</p> <ul style="list-style-type: none"> ▪ Par la convention collective si l'EM est d'accord. ▪ Après consultation des partenaires sociaux au niveau national et sur la base d'un accord conclu avec eux, l'EM peut fixer des dispositions concernant (différentes) conditions essentielles de travail et d'emploi lorsque soit le droit ne prévoit aucun système pour déclarer des conventions collectives universellement applicables* ou le droit ou la pratique ne prévoit aucun système de ce type pour étendre leurs dispositions à toutes les entreprises similaires d'un certain secteur ou d'une certaine zone géographique.
<p>Autres conditions</p> <p>Durée du contrat</p> <p>Logement</p> <p>Sécurité sociale</p>	<ul style="list-style-type: none"> • La durée du détachement sera calculée sur la base d'une période de référence d'un an à compter du début du détachement. Aux fins de ces calculs, il sera tenu compte de toute période précédente pour laquelle le poste a été occupé par un détaché. • Conformément aux conditions du contrat de travail d'origine • Le pays d'origine, jusqu'à 12 mois ou, dans des circonstances exceptionnelles, 24. Ensuite, le pays d'accueil. 	<p>Normes nationales applicables aux activités des ETI</p>

Application	Travailleurs intérimaires détachés	Travailleurs intérimaires migrants temporaires
Droits à la représentation syndicale, à l'information et à la consultation pour les travailleurs intérimaires	Conformément aux normes nationales – pas de norme commune	Facultatif (Art. 7) : Les intérimaires comptent sous réserve des conditions <ul style="list-style-type: none"> • établies par les États membres, aux fins du calcul du seuil au-dessus duquel des organes de représentation des travailleurs prévus en vertu du droit communautaire et du droit national et des conventions collectives doivent être constitués dans l'entreprise de travail intérimaire. • L'EM peut appliquer les mêmes dispositions à l'entreprise utilisatrice • Il peut exister des accords syndicaux transfrontaliers pour régler la représentation syndicale • En tout cas, la législation nationale est d'application dans sa transposition de la directive-cadre 2002/14/CE
Compétence judiciaire	L'État membre sur le territoire duquel le travailleur est ou a été détaché, sans préjudice d'un autre EM (origine)	Uniquement l'EM d'accueil
Application de mesures de contrôle	EM d'accueil. Obligation d'informer et de coopérer avec d'autres EM et avec la Commission	Mesures normales d'inspection du travail
Aspects fiscaux (revenus personnels du travail, pas l'impôt des sociétés)	Application de la règle des 183 jours : si la durée du travail est inférieure à 183 jours, tout revenu est imposable dans le pays d'origine ; si supérieure à 183 jours, dans le pays d'accueil	Les migrants temporaires paient des impôts dans le pays où ils travaillent car ils y résident en général
	Dans les deux cas, des conventions internationales sur la double taxation peuvent être d'application pour éviter des paiements indus.	

*** Art 3, para. 1 de la directive 96/71/CE sur le détachement de travailleurs**

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.

**** Art 3, para. 8 de la directive 96/71/CE sur le détachement de travailleurs.** - On entend par conventions collectives ou sentences arbitrales, déclarées d'application générale, les conventions collectives ou les sentences arbitrales qui doivent être respectées par toutes les entreprises appartenant au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territoriale de celles-ci.

En l'absence d'un système de déclaration d'application générale des conventions collectives ou des sentences arbitrales au sens du premier alinéa, les États membres peuvent, s'ils en décident ainsi, prendre pour base :

- les conventions collectives ou sentences arbitrales qui ont un effet général sur toutes les entreprises similaires appartenant au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territoriale de celles-ci et/ou
- les conventions collectives qui sont conclues par les organisations des partenaires sociaux les plus représentatives au plan national et qui sont appliquées sur l'ensemble du territoire national, pour autant que leur application aux entreprises visées à l'article 1^{er}, paragraphe 1, garantisse, quant aux matières énumérées au paragraphe 1, premier alinéa du présent article, une égalité de traitement entre ces entreprises et les autres entreprises visées au présent alinéa se trouvant dans une situation similaire.

***** Art 3, para. 2 de la directive 96/71/CE sur le détachement de travailleurs :** Dans le cas de travaux de montage initial et/ou de première installation d'un bien, qui forment partie intégrante d'un contrat de fourniture de biens, qui sont indispensables pour la mise en fonctionnement du bien fourni et qui sont exécutés par les travailleurs qualifiés et/ou spécialisés de l'entreprise de fourniture, le paragraphe 1, second tiret, points b) et c) ne s'applique pas, lorsque la durée du détachement n'est pas supérieure à huit jours.

Cette disposition ne s'applique pas aux activités dans le domaine de la construction visées en annexe de la directive 96/71/CE

****** Art 3, para. 10 de la directive 96/71/CE sur le détachement de travailleurs :** La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres, dans le respect du traité, imposent aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres États, d'une façon égale :

- des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées au paragraphe 1, premier alinéa, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public ;
- des conditions de travail et d'emploi fixées dans des conventions collectives ou sentences arbitrales au sens du paragraphe 8 et concernant des activités autres que celles visées à l'annexe.

En conclusion, les systèmes juridiques qui régissent les conditions de travail dans les deux situations ou modèles décrits dans les pages précédentes présentent à la fois des différences et des similitudes. En fait, les réglementations statutaires portant sur les conditions de travail devraient être les mêmes pour les deux types de travailleurs actifs dans le même secteur mais, en pratique, ce ne peut ni ne devrait être nécessairement le cas. Le coût de chaque situation pour la sécurité sociale, ainsi que la différence de régime fiscal, peut constituer un motif de différence entre les deux cas.

Le travailleur détaché est soumis à tout un ensemble de réglementations du travail – concernant des questions exclusivement exposées dans l'article 3, para. 1 de la directive – qui sont intégrées dans des normes universellement applicables. Aucun autre contenu ou source de réglementation n'a d'incidence sur le travailleur détaché.

Le travailleur migrant temporaire, par contre, est soumis aux mêmes normes que les travailleurs du pays employés par une ETI. Toutefois, ses conditions essentielles de

travail peuvent être liées à des conventions collectives, généralement non contraignantes, ou ne pas être couvertes par des conditions collectives.²⁴ Les différences de traitement qui peuvent éventuellement exister sont celles qui sont abordées dans la directive 2008/104/CE (ainsi que les éventuelles exceptions et dérogations susceptibles d'être adoptées par les législations nationales transposant cette directive) pour tout intérimaire, par opposition à un travailleur ordinaire (c.-à-d. non intérimaire).

Rome I sur la législation applicable à tous les types de contrat

Dans le cadre de la révision de la Convention de Rome (ou Rome I), l'UE a revu ses normes relatives aux législations nationales applicables aux contrats.

Le Règlement CE N° 593/2008, qui entrera en vigueur à la fin de 2009, fixe une gamme de possibilités pour choisir le droit applicable au contrat d'emploi : 1) accord entre les parties, pour autant qu'il ne prive pas le travailleur de protection ; 2) le droit du pays où le contrat est exécuté ; 3) le droit du pays où l'entreprise utilisatrice est établie ; 4) ou le droit du pays présentant les liens manifestement les plus étroits.

Il convient de souligner que le droit du pays où le contrat est exécuté, qui est le critère le plus courant, est explicité de façon très intéressante dans le cas des activités transfrontalières des ETI à l'article 8: « Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays. » Dès lors, le droit de l'État d'origine s'appliquera si l'activité transfrontalière est de nature limitée et si le reste du travail est accompli dans le pays d'origine. Si le travail est effectué uniquement dans l'État d'accueil, les règles de ce dernier seront pleinement d'application.

5. ACTIVITÉ TRANSFRONTALIÈRE, CONVENTIONS COLLECTIVES ET ARRÊTS DE LA CEJ

Il est particulièrement important de déterminer la convention collective applicable car cet aspect dépend généralement des spécificités de chaque système national de

²⁴ D'après les informations fournies dans le rapport "Temporary agency work and collective bargaining in the EU" [NdT: Travail intérimaire et négociations collectives dans l'UE], publié en 2009 par la Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de travail et de vie, les négociations collectives couvrent une part importante du secteur du travail intérimaire. En effet, la couverture est générale ou universelle dans des EM tels que l'Espagne ou le Luxembourg, tandis qu'une couverture *de facto* universelle est garantie dans d'autres pays par le biais d'accords sectoriels, notamment en Autriche, en Allemagne, en Belgique, en Italie ou aux Pays-Bas. En Suède, la couverture est une réalité concrète pour les employés. En France, elle est élevée en raison de la vaste représentation des entreprises concernées. Dans les nouveaux États membres, par contre, les références au travail intérimaire se trouvent en grande partie dans le cadre juridique et on observe de grosses faiblesses au niveau du degré de couverture atteint par les négociations collectives.

relations sociales. Dans le domaine du travail intérimaire, un objectif clé devrait être de bien faire connaître les conventions collectives qui s'appliqueront aux travailleurs transfrontaliers mis à disposition, qu'il s'agisse de conventions collectives globales, sectorielles ou conclues au niveau de l'entreprise, et ce afin de prévenir des cas de manque de protection ou d'application incorrecte de conditions inappropriées, qui érodent la qualité de l'emploi que l'on tente d'offrir.

Selon un rapport récent (EIRO, 2009), le travail intérimaire est habituellement régi par des négociations collectives ou par le dialogue social, selon quatre modes principaux, classés ici par ordre de fréquence :

1. des accords et des conventions intersectoriels nationaux sont conclus au plus haut niveau, entre les partenaires sociaux et les gouvernements et peuvent influencer l'évolution du droit.
2. des négociations collectives sont menées au sein du secteur intérimaire lui-même. La plupart des pays qui ont une tradition de négociations sectorielles ont adopté cette approche, surtout lorsqu'il y a forte utilisation d'intérimaires.
3. Des négociations au niveau des ETI viennent souvent compléter les négociations sectorielles.
4. des négociations collectives sont menées dans les secteurs auxquels appartiennent les entreprises utilisatrices, ce qui constitue un autre moyen important de régler le travail intérimaire dans plusieurs pays.

Bien que ce rapport « Temporary agency work and collective bargaining in the EU » d'Eurofound ne traite pas de la situation spécifique des temporaires détachés, il accorde toutefois une attention particulière à la situation juridique tant des ETI que des négociations collectives et à leurs caractéristiques dans les 27 États membres de l'UE, autant d'éléments qui font de ce rapport une source de renseignements complémentaire, actualisée et précieuse sur certains domaines, qui peut être consultée directement et parallèlement au présent rapport.

Toutefois, il est important de garder à l'esprit le fait que la majorité des conditions atteintes par le biais de conventions collectives universellement contraignantes – via les diverses méthodes décrites plus haut – seraient applicables aux intérimaires transfrontaliers, détachés ou non, conformément à la directive sur le détachement de travailleurs et à l'article 5 de la directive sur le travail intérimaire, relatif à l'égalité de traitement et de rémunération.

Travailleurs intérimaires détachés

L'arrêt *Laval*²⁵ a déclaré que la directive 96/71/CE ne peut être interprétée comme permettant à l'État membre d'accueil de subordonner la réalisation d'une prestation de

²⁵ Arrêt du 18 déc. 2007, *Laval* (C-341/05).

services sur son territoire à l'observation de conditions de travail et d'emploi allant au-delà des règles impératives de protection minimale. N'étant pas d'application générale, la convention collective ne semble pas, aux yeux de la Cour de justice, être une source suffisante pour imposer ces obligations, conclusion similaire à celle de l'arrêt *Rüffert*²⁶. Cet argument est crucial car plusieurs États membres de l'UE ne disposent pas d'une convention collective d'application universelle pour le travail intérimaire.

Travailleurs intérimaires migrants transfrontaliers

Détachés ou non, les intérimaires qui ont signé un contrat dans leur pays d'accueil sont, bien entendu, soumis au principe de l'égalité de traitement à deux titres : s'ils sont citoyens de l'UE et, indépendamment de leur nationalité, s'ils bénéficient de l'égalité entre travailleurs ordinaires et travailleurs intérimaires. C'est pourquoi des mesures telles que la convention collective récemment conclue aux Pays-Bas²⁷, qui a instauré des différences pour les travailleurs d'Europe orientale et a fait l'objet de critiques sévères de certains partis politiques, des syndicats néerlandais et de la fédération néerlandaise des entreprises de travail intérimaire ABU, qui ont mené à son non-application, ne peut être admise en droit européen. Les controverses générées par l'arrêt *Rüffert* n'ont pas droit de cité ici. Comme toutes les dispositions concernées relèvent du droit du travail national, elles s'appliquent aux travailleurs recrutés de cette manière, y compris, bien entendu, les conventions collectives régissant le travail intérimaire.

Comme nous l'avons vu, les Pays-Bas offrent un exemple de négociations collectives qui, tout en évitant les pratiques discriminatoires condamnées dans le pays même, tentent de proposer un cadre qui a été adapté à la réalité des mouvements transfrontaliers de travailleurs. De manière spécifique, plusieurs des dispositions générales de l'ABU-CAO peuvent être échangées contre d'autres avantages monétaires, principalement pour ce qui concerne le temps de travail : jours fériés, réserves pour absence, etc. Cet échange est régi par une équivalence de valeurs. Cet échange de conditions ne peut pas se faire au préjudice des droits des travailleurs, qui doivent recevoir une indemnisation monétaire de valeur égale.

Il existe aussi plusieurs clauses relatives à l'information concernant le transport et l'entreprise qui embauche, le logement, l'assurance maladie, les formalités linguistiques et d'autres questions pertinentes pour les travailleurs qui ont été recrutés « en groupes par ou sur ordre d'une entreprise de travail intérimaire située en dehors des Pays-Bas et/ou sont hébergés en groupes aux Pays-Bas en vue d'arrangements visant à les faire travailler aux Pays-Bas ».

²⁶ Arrêt du 3 avr. 2008, *Rüffert* (C-346/06).

²⁷ Pas l'ABU-CAO mais la convention conclue en février 2009 par la petite fédération des « pourvoyeurs internationaux de main-d'œuvre », VIA.

De plus, l'article 46 aborde la situation des intérimaires dont le contrat relève d'un système juridique étranger (« aux intérimaires qu'une entreprise étrangère de travail intérimaire met depuis l'étranger à la disposition d'un client aux Pays-Bas et dont le contrat d'emploi est régi par le droit d'un pays autre que les Pays-Bas »). Il reproduit le contenu de l'article 3.1 de la directive 96/71/CE concernant les dispositions minimales. Dans une annexe à cette convention collective, il est clairement précisé quelles sont les conditions qui s'appliquent ou ne s'appliquent pas à ce type de cas.

Les systèmes de négociations collectives de France (*Travail temporaire (personnels intérimaires et permanents)*, Brochure n° 3212), d'Espagne (*V Convenio Colectivo Estatal de Empresas de Trabajo Temporal*), d'Allemagne (trois conventions : BZA / DGB, iGZ / DGB et AMP / CGB), de Suède (Convention pour les salariés des pourvoyeurs de main-d'œuvre, 1er mai 2007 - 30 avril 2010; version anglaise²⁸) ou de Grande-Bretagne (plusieurs conventions collectives) ne contiennent pas de clauses comparables à celles-ci. Ils méritent un examen approfondi visant à comparer leurs dispositions avec les prescrits de la directive 2008/104/CE.

Plusieurs arrêts de la Cour européenne de justice concernent tout particulièrement les ressortissants de pays tiers.

Premièrement, dans *Commission c. Luxembourg*, la Cour a étudié la compatibilité de la législation luxembourgeoise exigeant des prestataires de services établis dans un autre État membre des permis de travail pour leurs travailleurs qui sont des ressortissants de pays tiers, soit des permis individuels, dont la délivrance est subordonnée à des considérations relatives au marché de l'emploi, ou des autorisations collectives, qui ne sont accordées que dans des cas exceptionnels. La principale condition était que le travailleur ait eu une relation avec son entreprise d'origine, via un contrat d'emploi à durée indéterminée, depuis au moins six mois avant le détachement. Cette déclaration avait manifestement une incidence sur l'activité des ETI car, si la règle avait été maintenue, ces entreprises auraient été parmi les plus touchées vu la nature temporaire de leur activité et de la plupart de leurs contrats. La Cour a statué contre le Luxembourg.

Deuxièmement, une obligation de contrôles préalables des permis pour ce type de travailleurs a été considérée comme excessivement onéreuse par la Cour, qui a exprimé sa préférence pour de simples notifications qui permettent un contrôle plus

²⁸ Elle comporte la clause suivante qui, à première vue, ne correspond pas bien à la législation européenne : « 1.5 Service à l'étranger. En cas d'affectation à l'étranger, les conditions d'emploi pendant le séjour à l'étranger seront réglementées par : un accord entre l'employeur et le salarié ou des réglementations spéciales régissant le service à l'étranger ou des réglementations similaires à celles en vigueur au sein de l'entreprise. De plus, l' « Accord concernant la sécurité sociale des salariés en poste à l'étranger » s'applique aux salariés qui sont couverts par cet accord.

intensif a posteriori²⁹ et a aussi rejeté les refus automatiques de permis de séjour adressés aux travailleurs détachés³⁰.

Un dernier aspect qui mérite considération est celui des ETI établies en dehors du territoire de la Communauté. Sur la base du scénario des différents États membres, les restrictions suivantes peuvent être instaurées : l'interdiction pure et simple de leur activité ; l'exigence du respect des mêmes conditions que celles requises d'une entreprise de ce type dans le même État membre ; la création d'obligations spéciales d'information vis-à-vis de l'autorité en charge du travail ou de règles de surveillance plus strictes. Un rapport du Conseil de l'Europe met en lumière certains abus, en particulier dans les pays d'Europe orientale³¹.

6. INTERVENTION ADMINISTRATIVE : COOPÉRATION ET SURVEILLANCE

La coopération administrative est fondamentale pour assurer le bon fonctionnement de tous les systèmes décrits. La nécessité d'améliorations dans ce domaine a été soulignée avec force pour ce qui concerne les droits transfrontaliers des travailleurs détachés par des entreprises de travail intérimaire³².

C'est dans cet esprit que la recommandation du 31 mars 2008 de la Commission souligne la nécessité de faciliter le flux d'informations nécessaire pour garantir le bon fonctionnement des différents régimes de travail concernés, en particulier celui des travailleurs détachés. Toute la philosophie de ce document acquiert une pertinence particulière lorsque l'on envisage la relation de travail triangulaire inhérente au travail intérimaire. Il convient de souligner les exigences concrètes que pose cette recommandation : l'identification spécifique du droit du travail pertinent, avec mention expresse des conditions de travail et d'emploi, l'accès à la convention collective pertinente, la disponibilité des informations susmentionnées dans la langue souhaitée, l'optimisation des possibilités offertes par les nouvelles technologies.

De même, le Comité d'experts en matière de détachement de travailleurs, créé par la décision de la Commission du 19 décembre 2008, jouera un rôle capital dans la mise en œuvre des dispositions de la recommandation précitée. Le fait qu'il compte des observateurs représentant spécifiquement « les partenaires sociaux (répartis à parité entre les organisations d'employeurs et celles de travailleurs) de secteurs dans lesquels le recours au détachement de travailleurs est fréquent, pour dix d'entre eux au plus » prouve l'importance de cette coopération³³.

²⁹ Arrêt du 19 jan. 2006, *Commission c. Allemagne* (C-244/04).

³⁰ Arrêt du 21 sept. 2006, *Commission c. Autriche* (C-168/04).

³¹ Rapport du Conseil de l'Europe sur la « Situation des travailleurs migrants dans les agences de travail temporaire (15 décembre 2006)

³² Chambre des Lords, 2006-2007 ; Fédération syndicale irlandaise, 2008.

³³ Le comité d'experts en matière de détachement de travailleurs devrait devenir un tremplin idéal pour le futur Observatoire des activités transfrontalières du secteur intérimaire, que l'on envisage de créer. Les

Pour ce qui concerne la surveillance administrative, la Cour européenne de justice a graduellement défini ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas. Elle a déclaré³⁴ qu'il est contraire au droit communautaire d'adopter une disposition selon laquelle les entreprises de travail intérimaire établies dans un autre État membre sont tenues non seulement de notifier chaque mise à disposition d'un travailleur à une entreprise utilisant les services de ce travailleur en Allemagne mais aussi chaque fonction à laquelle ce travailleur est affecté. En bref, l'essence de cet arrêt est que la libre prestation de services des entreprises de travail intérimaire dans un autre État membre, depuis l'État membre où l'entreprise de travail intérimaire est établie ne peut être entravée par des procédures différentes des procédures en place, applicables aux entreprises établies dans cet État membre. Toutefois, le même arrêt a maintenu la possibilité de demander aux entreprises de travail intérimaire de traduire certains documents, soulignant que la présentation de ces documents dans la langue d'origine pourrait causer d'importantes difficultés aux autorités de contrôle nationales.

Néanmoins, dans l'arrêt *Commission c. Luxembourg* du 19 juin 2008 (C-319/06), la Cour n'a pas maintenu l'obligation de garder au Luxembourg, chez un agent spécifique résidant dans ce pays, les documents nécessaires pour surveiller les détachements de travailleurs. L'arrêt *Rüffert* du 3 avril 2008 (C-346/06), à son tour, a condamné l'obligation légale d'attribuer des contrats de marchés publics uniquement aux entreprises qui, lorsqu'elles soumettent leurs offres, conviennent par écrit de payer à leurs travailleurs affectés à la prestation des services correspondant au marché, au moins le salaire prévu dans la convention collective en vigueur sur le lieu où ces services seront prestés.

7. QUESTIONS DE SÉCURITÉ SOCIALE

En théorie, les questions de sécurité sociale sont clairement définies dans la principale norme communautaire traitant de ces aspects : le règlement (CE) N° 1408/71 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté.

L'article 14 du règlement (CE) N° 1408/71 énonce que les travailleurs détachés, bien entendu en ce compris les intérimaires, resteront soumis à leur régime de sécurité sociale d'origine pendant un an et, dans des circonstances exceptionnelles, pendant deux ans. Dans sa décision N° 181 portant sur ce règlement, la Commission administrative pour la sécurité sociale des travailleurs migrants a fixé une série détaillée de règles concernant les opérations transfrontalières des ETI, qui tournent autour de la notion de constance et d'importance de l'activité de l'entreprise dans l'État membre d'origine. Ces règles visent à combattre les fausses entreprises délocalisées,

efforts conjoints des deux organismes devraient livrer une synergie qui permettra aux travailleurs intérimaires d'accroître leur contribution à l'amélioration du fonctionnement du marché du travail européen.

³⁴ Arrêt du 18 juil. 2007, *Commission c. Allemagne* (C-490/04).

créées pour éluder les coûts de la main-d'œuvre, mais n'élimine pas entièrement la possibilité pour toute entreprise d'opérer dans au moins deux États membres et de tirer avantage d'une main-d'œuvre moins chère dans l'un d'eux. Avec l'entrée en vigueur du règlement (CE) N° 883/2004 le 1^{er} mai 2010, la période maximale de lien au régime de sécurité sociale d'origine sera limitée à deux ans dans le cas de détachements de travailleurs.

Dès lors, des détachements dépassant les périodes indiquées impliqueront l'obligation de se soumettre au régime de sécurité sociale du pays d'accueil.

Il convient de noter que l'article 13.2.a du règlement (CE) N° 1408/71 énonce que « le travailleur occupé sur le territoire d'un État membre est soumis à la législation de cet État, même s'il réside sur le territoire d'un autre État membre ou si l'entreprise ou l'employeur qui l'occupe a son siège ou son domicile sur le territoire d'un autre État membre ». Ne pouvant être considérés comme « travailleurs détachés », ces travailleurs seraient soumis à toutes les règles nationales de leur lieu de travail. Néanmoins, depuis l'arrêt *Manpower*³⁵ de 1970, la Cour de justice a précisé que, dans le domaine de la sécurité sociale, ce type de travailleurs restent liés à l'État où se situe l'ETI et non à celui où est établie l'entreprise utilisatrice.

En conclusion, la législation communautaire offre des solutions claires à la plupart des situations courantes impliquant les opérations transnationales d'ETI pour ce qui concerne la sécurité sociale.

8. TYPES DE CONTRATS

Les études les plus détaillées (EUROFOUND, 2008 ; Antoni et Jahn, 2009) s'accordent à dire que les contrats à durée indéterminée entre travailleurs et ETI, dans le cadre desquels des détachements successifs ont lieu, ne constituent pas, dans les faits, la norme au niveau national, car la tendance est aux contrats temporaires pour chaque détachement. Lorsque les intérimaires sont ce que nous avons appelé des travailleurs « migrants », il semble évident que les contrats signés sont, par essence, considérés comme temporaires étant donné que (en principe, tout au moins) le retour du travailleur dans son pays d'origine est implicite dès le départ. Dans ce dernier cas, il convient de souligner qu'en général, les exigences légales concernant la durée du contrat d'emploi ne sont pas formulées dans le secteur du travail intérimaire. La seule exception à cette règle est l'Italie, où il a été arrêté que tous les contrats d'intérim doivent être à durée déterminée³⁶. Dans d'autres pays, les aspects formels typiques sont soumis à réglementation, tout comme les détails du contenu des contrats.

³⁵ Arrêt du 17 déc. 1970, *Manpower* (35-70).

³⁶ "Temporary agency work and collective bargaining in the EU". [NdT : Travail intérimaire et négociations collectives dans l'UE] Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de travail et de vie (2009).

Au cours de la rédaction de ce rapport sur documents, nous n'avons pas pu avoir accès aux types de contrats concernant du travail intérimaire effectué par des travailleurs qui, en fonction du modèle que nous avons décrit, sont détachés dans un autre pays. Il convient de garder à l'esprit que ces contrats sont, en théorie, soumis à la législation de l'État membre d'origine et qu'ils ne seront pas harmonisés par la mise en œuvre de la directive 2008/104/CE, ce qui signifie que des différences nationales subsisteront. Cette question d'ordre public – le détachement de travailleurs sur la base de contrats non valables dans le pays d'accueil – est un des domaines dans lesquels des mesures appropriées devraient être prises pour améliorer la cohérence entre les législations nationales. Toutefois, vu l'absence de tout mécanisme spécifique de contrôle de cet aspect, il sera difficile de procéder à toute réforme de ce type.

Il serait très intéressant d'effectuer une analyse comparative de certains des types de contrats les plus importants, portant sur la durée moyenne non seulement des contrats mais aussi des détachements au niveau national (voir l'étude de Vaes et Vandenbrand de 2009) ainsi qu'au niveau transnational, pour tenter de repérer les similitudes et les différences. Si l'on tient en outre compte de données concernant le sexe et l'âge, le tableau qui en résulterait serait très complet et permettrait d'ouvrir de nouvelles voies d'investigation, y compris celle de l'incidence du genre sur les intérimaires et, en particulier, sur la sauvegarde des droits transfrontaliers liés à la maternité.

9. COMPÉTENCE JUDICIAIRE

Dans le cas des intérimaires détachés, la directive 96/71/CE énonce une clause juridique à l'article 6³⁷, qui stipule que les procédures judiciaires peuvent être intentées dans l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est ou a été détaché.

De plus, n'oublions pas que l'article 19 du règlement du Conseil (CE) N° 44/2001, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, stipule que les procédures judiciaires à l'encontre d'un employeur devraient être intentées dans le pays où l'employeur a son domicile, donc, dans le cas de travailleurs envoyés à l'étranger, dans l'État d'origine³⁸.

³⁷ Article 6 : « Pour faire valoir le droit aux conditions de travail et d'emploi garanties à l'article 3, une action en justice peut être intentée dans l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est ou était détaché, sans préjudice, le cas échéant, de la faculté d'intenter, conformément aux conventions internationales existantes en matière de compétence judiciaire, une action en justice dans un autre État. »

³⁸ En vertu de l'article 19 du règlement du Conseil (CE) N° 44/2001, « Un employeur ayant son domicile sur le territoire d'un État membre peut être attrait :

1. devant les tribunaux de l'État membre où il a son domicile, ou

2. dans un autre État membre :

a) devant le tribunal du lieu où le travailleur accomplit habituellement son travail ou devant le tribunal du dernier lieu où il a accompli habituellement son travail, ou

b) lorsque le travailleur n'accomplit pas ou n'a pas accompli habituellement son travail dans un même pays, devant le tribunal du lieu où se trouve ou se trouvait l'établissement qui a embauché le travailleur.

Ce régime de compétence est particulièrement pertinent, dans le cas des intérimaires détachés dans un contexte transfrontalier, pour tous les abus liés au non-respect des conditions de travail énoncées à l'article 3, para. 1 de la directive 96/71/CE. N'oublions toutefois pas que le contrôle de ces situations reste d'abord du ressort des autorités compétentes. Comme nous l'avons vu à la section précédente, ce contrôle pourrait aussi être la conséquence de la coopération administrative entre les États membres³⁹.

10. DÉFIS POUR L'AVENIR

D'un point de vue européen, deux aspects méritent une analyse détaillée lorsque nous envisageons un avenir pas trop lointain. Nous posons ce constat au vu du recours croissant à des entreprises de travail intérimaire et de la présence marquée de multinationales sur le marché européen du travail intérimaire mais aussi en pensant aux conséquences de l'activité économique que l'on devrait retrouver une fois la récession passée et en tenant compte de l'effet combiné de la nouvelle stratégie européenne pour la croissance et l'emploi dans l'après 2010 et de la mise en œuvre (au niveau national) de la directive de 2008.

À la suite de la récente refonte de la directive 94/45/CE⁴⁰, un aspect intéressant sera de déterminer le rôle joué par les comités d'entreprise européens, ou par des organes similaires d'information et de consultation, principalement au sein des entreprises pourvoyeuses de main-d'œuvre (niveau des entreprises de travail intérimaire). Selon les informations disponibles, ces comités restent généralement limités dans leur développement mais, dans un cadre transnational, ils peuvent être, pour autant qu'ils reçoivent les informations nécessaires, des outils très influents pour encourager le développement approprié et juste des activités transfrontalières du secteur intérimaire.

Par ailleurs, la représentation de ces travailleurs intérimaires, une des exigences fondamentales de la directive 2008/104/CE, et en particulier la collaboration transfrontalière visant à combler les lacunes potentielles, constituent un des principaux défis à relever pour consolider le développement normal des relations sociales dans ce domaine (Warneck, 2009 ; Hardy et Fitzgerald, 2008).

Le deuxième aspect, qui en découle, serait d'étudier la possibilité de conventions collectives cadres au niveau européen, qui permettraient d'harmoniser les conditions de travail des intérimaires détachés dans des zones géographiquement proches. Des

³⁹ En vertu de l'article 4, para. 2, de la directive 96/71/CE, « Les États membres prévoient une coopération entre les administrations publiques qui, conformément à la législation nationale, sont compétentes pour la surveillance des conditions de travail et d'emploi visées à l'article 3. Cette coopération consiste en particulier à répondre aux demandes d'informations motivées de ces administrations publiques relatives à la mise à disposition transnationale de travailleurs, y compris en ce qui concerne des abus manifestes ou des cas d'activités transnationales présumées illégales. »

⁴⁰ Directive 2009/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 mai 2009 concernant l'institution d'un comité d'entreprise européen ou d'une procédure dans les entreprises de dimension communautaire et les groupes d'entreprises de dimension communautaire en vue d'informer et de consulter les travailleurs. Journal officiel de l'Union européenne du 16 mai 2009.

techniques utilisant des méthodes ouvertes de coordination, via l'échange de bonnes pratiques et la création de cadres de référence communs, pourraient constituer un autre outil précieux pour résoudre ces questions sans les implications juridiques de négociations collectives organisées.

11. BIBLIOGRAPHIE SUCCINCTE PERTINENTE

- Conseil de l'Europe, *Rapport sur la situation des travailleurs migrants dans les agences de travail temporaire*, 2006.
- EUROFOUND, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions , *Temporary agency work in an enlarged European Union*, 2006
- EUROFOUND, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions , *Temporary agency work and collective bargaining in the EU*, 2008
- F. Warneck, "Representation of temporary agency workers at European cross border level", en VV.AA, *Representation of Agency Workers. The representation of agency workers in Europe at national and local level in France, Netherlands, Sweden, Poland and the UK*, 2009
- J. Hardy e I. Fitzgerald, *Cross Border Trade Union Collaboration in the Context of Competition and Arbitrating Labour in an Enlarged Europe*, 2008
- House of Lords, *Modernising European Union labour law: has the UK anything to gain?*, 22nd Report of Session 2006-7
- Irish Congress of Trade Unions, *Recommendations for Improving the Rights of Agency Workers in Ireland*, 2008
- J. M. Miranda Boto, "Los servicios públicos de colocación: ¿Derecho de la competencia o Derecho social?", *Actualidad Laboral*, 15, 2001
- K. Ahlberg, B. Bercusson, N. Bruun, C. Vigneau et al., *Transnational Labour Regulation. A case study of Temporary Agency Work*. SALTSA. Peter Lang. 2008
- M. Antoni y E. J. Jahn, "Do changes in regulation affect employment duration in temporary help agencies?", *Industrial & Labor Relations Review*, 62, 2009.
- R. Rodríguez Contreras et al, *The Impact of New Forms of Labour on Industrial Relations and the Evolution of Labour Law in the European Union*, 2008
- T. Vaes y T. Vandenbrande, *Implementing the new Temporary Agency Work Directive*, Katholieke Universiteit Leuven, Leuven, 2009

12. DOCUMENTS PERTINENTS DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

- COM (2002) 441 final. RAPPORT DE LA COMMISSION AU CONSEIL ET AU PARLEMENT EUROPÉEN SUR L'ÉTAT DU MARCHÉ INTÉRIEUR DES SERVICES présenté dans le cadre de la première phase de la stratégie pour le Marché intérieur des services

- COM (2003) 458 final. 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/CE dans les États membres
- COM (2007) 304 final. Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions. Détachement de travailleurs dans le cadre de la prestation de services : en tirer les avantages et les potentialités maximum tout en garantissant la protection des travailleurs, et le Document de travail interne connexe SEC/2007/0747 final
- RECOMMANDATION DE LA COMMISSION du 31 mars 2008 relative à l'amélioration de la coopération administrative dans le contexte du détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services
- COM (2006) 159, « Orientations concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services » et le document de travail interne connexe SEC (2006) 439
- COM (2007) 304, « Détachement de travailleurs dans le cadre de la prestation de services : en tirer les avantages et les potentialités maximums tout en garantissant la protection des travailleurs » et le document de travail interne connexe SEC (2007) 747.