



La directive sur le détachement des travailleurs: propositions de révision

Résolution adoptée lors du Comité exécutif de la CES, 9-10 mars 2010

Les marchés de l'emploi en voie d'eupéanisation requièrent des « règles du jeu » strictes et équitables

Depuis 2005, dans une série de prises de positions, la CES a réclamé d'urgence la mise en place, aux plans national et communautaire, d'un cadre de règles strictes et équitables combinant des frontières ouvertes et une protection adéquate des travailleurs, afin d'accompagner l'émergence d'un authentique marché intérieur dans lequel les biens, les capitaux, les services et les travailleurs peuvent se déplacer au profit de citoyens, des économies et des sociétés.

Selon la CES, un marché européen de l'emploi requiert des « règles de jeu » européennes, combinant des frontières ouvertes avec une protection adéquate.

Ces conditions essentielles sont:

- a. un traitement égal pour les travailleurs locaux et migrants, pas de concurrence déloyale sur les salaires et les conditions de travail
- b. le respect des négociations collectives nationales et des systèmes de relations industrielles
- c. un accès égal de tous les travailleurs aux prestations sociales;
- d. des instruments et des outils adéquats de surveillance et de mise en œuvre des normes du travail

Les évolutions récentes ont rendu le débat encore plus urgent, avec la crise financière qui frappe actuellement l'économie réelle, les chiffres du chômage qui augmentent, les dépenses publiques sous pression, et les travailleurs qui paient la note partout en Europe.

Tandis que, sur un plan économique, l'ouverture des frontières et des marchés au sein de l'UE joue un rôle majeur pour une relance rapide de la compétitivité européenne, partout en Europe les travailleurs s'interrogent de plus en plus sur ce qu'ils ont à y gagner. Les retombées du marché intérieur et de la mobilité transfrontalière accrue des entreprises et des travailleurs posent aujourd'hui de graves problèmes, qui requièrent des mesures urgentes car ils menacent la cohésion sociale et le soutien au projet européen. Les marchés financiers, mais aussi l'économie réelle et les marchés de l'emploi requièrent un énorme effort en termes de renforcement de la confiance.

Au plan national, il est de plus en plus mis l'accent sur une meilleure « protection » des relations industrielles nationales et des systèmes de protection sociale contre « l'invasion » de la loi du marché intérieur.

D'autres soulignent la nécessité d'élaborer une réponse au plan communautaire, en réclamant des règles européennes harmonisées et/ou des normes (minimales) dans le domaine social.

Dans ce contexte, la directive sur le détachement des travailleurs (DDT) joue un rôle essentiel. Jadis perçue comme un instrument essentiel de prévention de la concurrence déloyale sur les salaires et les conditions de travail dans des situations de prestation transfrontalière temporaire de services, elle est aujourd'hui devenue le champ de la bataille concernant la dimension sociale du marché intérieur.

La récente jurisprudence de la CJE a révélé les faiblesses du cadre juridique de l'UE

Quatre affaires récentes de la CJE¹ ont révélé les faiblesses du cadre juridique actuel de l'UE applicable aux droits sociaux fondamentaux et à la libre circulation des travailleurs et des services.

Elles ont créé un malaise social majeur et mettent actuellement en danger les modèles de partenariat social.

- a) la CJE a confirmé une hiérarchie de normes, dans laquelle les libertés du marché occupent le sommet de la hiérarchie, et les droits sociaux fondamentaux des négociations collectives et de l'action collective la seconde place;
- b) la CJE a interprété de manière très restrictive la directive sur le détachement (couvrant les travailleurs qui traversent les frontières dans le cadre de services), limitant la liberté des Etats membres et des syndicats de prendre des mesures contre le « dumping social »² et de réclamer une meilleure protection et un traitement égal des travailleurs locaux et des migrants dans le pays d'accueil.

Par conséquent, la CES a demandé un **Protocole de progrès social**, à joindre aux Traités, afin de clarifier complètement que toutes les dispositions du Traité sur la libre circulation doivent être interprétées d'une manière qui respecte les droits fondamentaux, et d'intégrer cela dans un concept plus vaste de progrès social et d'harmonisation vers le haut des conditions de travail et des systèmes sociaux.

Comme le stipulent très explicitement les nouveaux Traités de l'UE (à l'article 3 (3), sous-par. 3, TFUE): "*L'Union œuvre pour (...) une économie sociale de marché hautement compétitive, qui tend au plein emploi et au progrès social*".

Le Protocole aurait pour objectif de clarifier la relation entre le marché intérieur et les droits sociaux fondamentaux.

Il convient en outre d'examiner les possibilités d'inscrire nos demandes, visant à confirmer le progrès social en tant qu'objectif clair et juridiquement contraignant du marché intérieur, dans l'agenda politique de l'Union européenne.

¹ Viking C-438/05; Laval C-341/05; Rüffert C-346/06; Commission v Luxembourg C-319/06. Pour les résumés des jugements, voir: <http://www.etuc.org/r/846>

² Le "dumping social" est une concurrence déloyale sur les salaires et les conditions de travail conduisant à une spirale vers le bas.

L'ancien Commissaire Monti, qui se consacre actuellement à une revue de l'état du marché intérieur par rapport à sa dimension sociale, a été vivement incité à tenir compte de nos demandes.

En outre, la CES a demandé une révision du cadre juridique de l'UE couvrant la libre circulation des travailleurs et des services, en particulier en vue d'une révision urgente de la directive sur le détachement.

La directive sur le détachement doit être révisée afin de mieux atteindre ses objectifs

Dans la Résolution et son annexe adoptés en réponse aux jugements Viking et Laval adoptés au Comité exécutif de la CES du 4 mars 2008, la CES exprimait entre autres la nécessité de réviser d'urgence la directive sur le détachement, et identifiait une liste de points clés à traiter.

Depuis lors, cette demande a été davantage développée. Dans sa résolution sur "Les conditions de la liberté de circulation : Plus de protection des travailleurs et une concurrence loyale", adoptée lors du Comité de direction de la CES du 28 avril 2009, la CES demandait:

"de réviser la directive sur le détachement des travailleurs afin de rétablir son objectif premier : assurer un climat de concurrence loyale et respecter les droits des travailleurs. Plusieurs questions doivent être traitées, y compris en particulier la base juridique, la définition de travailleur détaché et de service transnational, la possibilité pour les Etats membres d'inclure la protection des travailleurs en tant que disposition d'« ordre public », et le respect du rôle des syndicats dans la négociation et la mise en œuvre des conventions collectives. Une attention particulière doit également être accordée aux procédures de marchés publics et à la possibilité pour les pouvoirs publics d'introduire des clauses sociales demandant le respect de la convention collective locale."

Un groupe CES d'experts syndicaux et d'universitaires, créé au début 2009, a été chargé de développer davantage les aspects juridiques et techniques de ces propositions.

Le groupe d'experts a finalisé ses travaux récemment. Sur la base des discussions au sein du groupe d'experts, huit propositions ont été élaborées afin de réviser et de renforcer la directive sur le détachement (voir ci-dessous).

Le contexte politique

Les récentes évolutions intervenues au plan politique communautaire ont contraint la CES à soumettre des propositions détaillées de révision de la directive sur le détachement. Cependant, le climat politique ne semble guère favorable pour atteindre facilement les améliorations requises.

Dans le discours qu'il a prononcé au PE le 15 septembre après d'intenses pressions politiques, en particulier de la part du groupe socialiste au PE, M. **Barroso** a déclaré ce qui suit à propos du détachement:

“J’ai clairement exprimé mon attachement au respect des droits sociaux fondamentaux et au principe de la libre circulation des travailleurs. L’interprétation et la mise en œuvre de la directive sur les travailleurs détachés ne répond pas aux attentes à ces deux égards. C’est la raison pour laquelle je m’engage à proposer dès que possible un Règlement visant à résoudre les problèmes qui sont apparus. Ce Règlement sera co-décidé par le PE et le Conseil. Un Règlement présente l’avantage d’offrir beaucoup plus de certitude juridique que la révision de la directive elle-même, qui laisserait trop de place à une transposition divergente, et prendrait plus temps à produire de réels effets sur le terrain. Si nous découvrons au cours de la préparation du Règlement qu’il existe des domaines où la directive elle-même doit être réexaminée, je n’hésiterai pas à le faire. Et permettez-moi d’être clair: Je me suis engagé à lutter contre le dumping social en Europe, quelle que soit la forme qu’il revêt.”

Une première évaluation des questions qui pourraient être traitées dans un Règlement révèle que des problèmes tels que l’utilisation manipulatrice de travailleurs détachés dans des situations non-temporaires, l’utilisation de sociétés écrans et un système de responsabilité en chaîne pourraient être abordés, tout en donnant aux partenaires sociaux et aux Etats membres davantage de marge de manœuvre pour les instruments et mécanismes de mise en œuvre (la conservation de documents, etc.). Cependant, plus ces questions sont controversées, plus il est difficile de trouver un accord au PE et au Conseil (ce qui reviendrait à trouver un accord sur une révision de la directive elle-même).

Depuis lors, une nouvelle Commission a été inaugurée, et un nouveau Commissaire pour l’Emploi et les affaires sociales, M. Andor, est en fonction. Dans son échange avec le Parlement européen, il a été assez prudent et n’a pas été très clair sur ses plans concernant la directive sur le détachement. Le Commissaire pour le Marché intérieur, M. Barnier, a cependant déclaré qu’il était favorable à un débat ouvert concernant la directive sur le détachement, et ne veut certainement pas être associé à ce qui pourrait conduire à une régression sociale.

Entre-temps, les services de la Commission sont engagés, conjointement avec les Etats membres et les partenaires sociaux en tant qu’observateurs, dans un groupe d’experts de haut niveau sur la mise en œuvre de la directive sur le détachement, dans lequel les problèmes actuels sont examinés, et des alliances potentielles avec des Etats membres peuvent être nouées sur cette question.

Au Parlement européen, les rapports de pouvoir ont changé depuis les élections de l’an passé ; une solide majorité conservatrice est actuellement en place, ce qui ne permettra pas d’obtenir facilement un soutien majoritaire sur les questions sociales.

Avec les employeurs, nous n’avons pas été en mesure d’enregistrer des progrès concernant la directive sur le détachement ou d’autres sujets afférents lors de discussions récentes sur les conséquences des affaires de la CJE (voir point 9 de l’ordre du jour).

Par ailleurs, la présidence espagnole a annoncé l’organisation d’une conférence sur la relation entre les droits sociaux fondamentaux et les libertés économiques, à la mi-mars, à Oviedo, en Espagne, afin d’examiner entre autres la directive sur le

détachement, et elle s'est clairement engagée à prévenir toute concurrence déloyale basée sur la différence de salaires entre pays et à prendre les mesures requises pour garantir les droits des travailleurs dans le cadre de la liberté de prestation de services.

Dans ce contexte, la CES propose d'adopter une liste de thèmes essentiels à traiter, en prenant note des propositions d'amendements détaillées telles qu'elles ont été élaborés par le groupe d'experts³, qui devraient être considérées comme des lignes directrices pour les travaux à venir de la CES et de ses affiliés en termes de campagne en faveur de la révision de la directive sur le détachement qui protégera mieux les travailleurs et garantira une concurrence équitable sur le marché intérieur des services.

Thèmes essentiels et propositions de révision

Selon le **préambule** de la DDT, l'abolition des obstacles à la libre circulation des travailleurs et des services est un des objectifs de la Communauté et les restrictions basées sur des exigences de nationalité ou de résidence sont interdites.

Cependant, « *la promotion de la prestation transnationale de services requiert un climat de concurrence équitable et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs.*

Afin de garantir la clarté des règles applicables, « les lois des EM doivent être coordonnées » afin d'établir un noyau de règles obligatoires pour une protection minimale à observer dans le pays d'accueil dans de telles situations.

Ce "noyau dur" de règles de protection clairement définies doit être observé par le prestataire de services, nonobstant la durée du détachement du travailleur ».

Lorsque la directive sur le détachement a vu le jour, elle était généralement perçue comme un instrument important de lutte contre le « dumping social », à savoir la concurrence déloyale sur les salaires et les conditions de travail de travailleurs employés par des prestataires de service étrangers sur le marché de l'emploi du pays d'accueil.

Entre-temps, on se demande de plus en plus si elle remplit encore cette fonction importante, en particulier à la suite d'une longue série de jugements de la CJE, commençant avant les « quatre célèbres jugements » mais culminant avec ceux-ci (Viking, Laval, Rüffert et Luxembourg).

Dans les affaires Laval, Rüffert et Com vs Luxemburg, la CJE a interprété la directive d'une telle manière qu'elle est aujourd'hui perçue comme une directive **maximale** concernant les **matières** qui peuvent être réglementées, le **degré de protection** qui peut être requis, et les **méthodes** qui peuvent être utilisées pour garantir que les conditions d'emploi doivent être observées de la même manière par toutes les entreprises nationales et étrangères de la même région ou du même secteur.

Lorsque les Etats membres d'accueil veulent appliquer des normes plus élevées ou différentes en droit, ou que les syndicats de l'Etat membre d'accueil veulent prendre des mesures pour réclamer de meilleures normes au moyen de conventions collectives, en particulier pour prévenir le « dumping social » et promouvoir la concurrence

³ Le rapport du groupe d'experts est pour le moment seulement un document pour la discussion interne au sein de la CES

équitable entre prestataires de services locaux et étrangers, cela peut constituer une violation de l'article 56 du nouveau Traité sur le fonctionnement de l'UE, TFUE (49 Traité CE), c'est-à-dire des **obstacles** à la libre circulation des services.

Une telle situation perturbe gravement les ambitions légitimes des Etats membres et des syndicats qui veulent protéger les travailleurs locaux et détachés afin de garantir une concurrence équitable, et protéger les relations industrielles nationales et les systèmes de négociations collectives.

Par conséquent, la CES souhaite une révision de la directive sur le détachement, afin de la renforcer et de mieux atteindre ses objectifs en termes de garantie de concurrence équitable et de respect des droits des travailleurs, tout en préservant les droits sociaux fondamentaux à la négociations collective et à l'action collective.

Afin de mieux identifier quelles sont les révisions requises, et les raisons pour lesquelles elles le sont, il est important de connaître le cadre juridique actuel de l'UE dans lequel évolue la directive sur le détachement.

L'hypothèse de base en droit européen est que le travailleur détaché est le travailleur du prestataire de services étranger, et le droit applicable à son contrat d'emploi – qui est normalement le droit du pays d'origine – ne change pas durant le détachement en raison du caractère temporaire du détachement.

Dans le cadre de l'exécution d'un travail dans le pays d'accueil, des mécanismes spécifiques sont donc nécessaires pour:

- 1) garantir que les mêmes règles s'appliquent aux employeurs/entreprises du pays d'accueil, au moins lorsqu'il s'agit de questions essentielles qui exercent une forte influence sur les (dés)avantages concurrentiels des entreprises et la protection des travailleurs (salaires et conditions de travail);
- 2) garantir que cette situation n'est pas utilisée à mauvais escient ou manipulée pour éviter ou éluder les règles du pays d'accueil (l'entreprise étrangère doit être une entreprise réelle établie ailleurs, et pas une société écran ou une entreprise avec une chaîne de sous-traitance artificielle; le détachement doit vraiment être limité dans le temps; le travailleur doit vraiment être habituellement employé et résider dans le pays d'origine, etc.).

La question centrale et essentielle est: dans quelle mesure, pour quelles raisons et dans quelles circonstances le contrat e travail (et la convention collective éventuelle et d'autres règles du pays d'origine applicables aux parties à ce contrat, telles que les règles de sécurité sociale et les règles fiscales) du travailleur d'un prestataire de services se déplaçant à l'étranger peut-il ou doit-il être « infirmé » par les règles (statutaires ou convenues collectivement) de l'état d'accueil ?!

La directive sur le détachement a exactement cette intention: elle détermine si et dans quelles conditions les règles du pays d'accueil concernant les salaires et les conditions de travail (établies dans la loi ou la convention collective) infirment la loi éventuelle ou d'autres règles du pays d'origine (ou de tout autre pays) applicables au contrat d'emploi.

Cependant, la prochaine question importante est de savoir si la directive sur le détachement traite cette question de manière adéquate. Déjà avant les “*quatre célèbres*” affaires de la CJE, des doutes existaient quant au fonctionnement de la DDT dans la pratique, et l’éventuelle nécessité de révision.

Depuis les quatre affaires de la CJE, ces doutes sont devenus de sérieuses préoccupations, et la position adoptée par la CES depuis 2008 est qu’une révision est aujourd’hui inévitable.

Cette révision devrait traiter les points suivants:

- a) Les **objectifs** de la directive sur le détachement, à savoir respecter les droits des travailleurs et assurer un climat de concurrence équitable, qui actuellement figurent uniquement dans le préambule de la Directive, doivent être exposés plus clairement dans le corps de la directive. Une mention claire des objectifs de politique sociale de l’article 136 du Traité, avec une référence claire à l’objectif « d’amélioration des conditions de vie et de travail des travailleurs », contribuerait à assurer une interprétation plus cohérente de la directive. De plus, la directive mérite une **base juridique plus large**, à savoir l’article 137 du Traité.
- b) Le **droit fondamental aux négociations collectives et à l’action collective** devrait être compris comme permettant aux syndicats d’aborder et de **mettre la pression** de manière égale sur les entreprises locales et étrangères afin d’améliorer les conditions de vie et de travail des travailleurs et de réclamer un traitement égal des travailleurs effectuant un travail similaire sur le même territoire, quelle que soit leur nationalité ou le lieu d’établissement de leur employeur.
Cette question devrait être clarifiée par l’introduction dans le corps de la directive de l’**équivalent de la clause Monti**.
- c) La **libre circulation des travailleurs** proprement dite devrait être traitée par les dispositions du Traité écrites à cet effet, à savoir en particulier l’**article 39** et son approche fortement marquée par l’égalité de traitement et basée sur le principe du pays d’accueil. L’objectif initial de la directive sur le détachement, à **savoir couvrir uniquement les situations claires de détachements temporaires** (lorsque les travailleurs d’un prestataire de services traversent la frontière dans le cadre d’un service de courte durée, mais conservent leur lieu de résidence principal et leur emploi dans le pays d’origine et retourneront dans leur pays d’origine par la suite) doit donc être clairement exposé dans le champ d’application de la directive. Il est également important de définir plus précisément ce qui est ou n’est pas la « prestation transnationale de services », afin **d’éviter** que les entreprises ne manipulent le droit et les normes applicables par le recours à des **sociétés écrans**.
- d) Le **caractère minimum** de la directive sur le détachement doit être **rétabli**, à savoir la notion selon laquelle la directive offre une « protection minimale » (le noyau minimum des droits qui **doivent** être appliqués), qui n’empêche pas des normes légales ou convenues collectivement d’offrir aux travailleurs concernés des conditions plus favorables (les normes qui **peuvent** être appliquées),

pour autant que le traitement égal et la non-discrimination des entreprises locales et étrangères soient garantis.

- e) La directive devrait **respecter plus clairement les différents modèles de relations industrielles dans les Etats membres** ainsi que l'instrument des négociations collectives en tant que processus flexible et dynamique, qui – dans l'intérêt des deux pans de l'industrie et de la société dans son ensemble – ne peut et ne doit pas être simplement traité comme une autre forme de réglementation.

En outre, des critères moins rigides devraient être élaborés pour juger si une convention collective peut être défendue vis-à-vis d'un prestataire de services étranger, par exemple dans des situations où la **majorité** des entreprises locales est **en pratique tenue** par la convention collective.

- f) Dans leur rôle de pouvoirs publics sous-traitant des travaux publics (**marchés publics**), les Etats membres devraient pouvoir exiger, via des **clauses sociales**, le respect des salaires collectifs applicables localement et des conditions de travail par toute entreprise, locale ou étrangère, participant à l'appel d'offres.
- g) En ce qui concerne les Etats membres dans leur rôle de législateur, cela signifie que l'interprétation très restrictive de la notion de « **dispositions d'ordre public** » **doit être révisée** afin d'inclure les objectifs sociaux et la protection des travailleurs.
- h) Les Etats membres et les partenaires sociaux doivent pouvoir utiliser des mécanismes de surveillance et de mise en œuvre **efficaces**, par exemple pour vérifier si le travailleur détaché est vraiment « habituellement » employé dans le pays d'origine, et a l'intention d'y retourner à la fin de son détachement.

Au-delà de la directive sur le détachement

Dans le cadre juridique actuel de l'UE, la DDT joue un rôle de compromis. Elle n'établit pas de normes minimales, ni de règles harmonisées, mais fixe des règles de coordination, qui sont en même temps inspirées par l'important choix politique de protéger les normes sociales du pays d'accueil. Dans de nombreux pays, elle demeure un instrument important qui offre une protection aux travailleurs détachés et protège (au moins) les règles minimum du pays d'accueil établies en droit et dans les conventions collectives (d'application générale). Il n'est donc pas question de passer à côté. Lorsqu'elle aura été révisée, elle pourra mieux jouer ce rôle.

Cependant, plusieurs problèmes ne seront pas résolus par la révision espérée:

1) Article 56 TFUE (article 49 CE)

En règle générale, la CJE a interprété la DDT dans le contexte des dispositions du Traité de l'UE sur la libre circulation des services (notamment l'article 56 TFUE/ancien 49 CE) en tant qu'exception aux obligations générales du Traité de supprimer les obstacles à la libre circulation.

Tout ce qui va au-delà de la DDT, et qui n'y est pas expressément autorisé est considéré comme un obstacle au droit de libre circulation du prestataire de services transnational. ***Il faut par conséquent continuer à lutter en faveur d'une orientation plus claire et juridiquement contraignante des dispositions du marché intérieur en matière de politique sociale.***

2) Détachement du dehors de l'UE.

La directive sur le détachement prévoit seulement des règles de coordination concernant les normes (minimum) applicables au sein du marché intérieur de l'UE, sans fixer de critères dans les cas/pays dans lesquels il n'y a pas ou il n'y a que peu de normes convenues collectivement. De nouveaux problèmes sont apparus récemment auxquels cette approche n'apporte pas de réponse appropriée. Tel est par exemple le cas avec les prestataires de services ne venant pas de l'UE. ***La CES et ses organisations affiliées doivent examiner ces cas afin d'élaborer une réponse politique adéquate au plan national et au plan de l'UE. Le lien avec le GATS doit également être évalué de manière plus détaillée.***

3) Marchés publics et Convention 94 de l'OIT

La Convention 94 de l'OIT vise à éviter que les contrats publics n'exercent une pression vers le bas sur les salaires et les conditions de travail. L'approche adoptée par la Convention C 94 est que les conditions dans le cadre de contrats de marchés publics ne doivent pas être moins favorables que celles établies pour le même travail dans le même domaine par la convention collective ou un instrument similaire. ¹⁰ Etats membres de l'UE ont ratifié cette convention. En 2006, la Commission de l'UE et le Conseil des Ministres l'ont incluse dans leur appel à ratifier toutes les conventions mises à jour. L'UE doit donc s'assurer que tous les Etats membres peuvent continuer à adhérer à C 94, promouvoir sa ratification et sa mise en oeuvre, et résoudre les ambiguïtés de la législation communautaire qui pourraient constituer un obstacle.

La CES appelle la Commission européenne à traiter d'urgence et à résoudre les tensions éventuelles entre l'affaire Rüffert, la/les directive(s) sur les marchés publics (s) et la Convention 94 de l'OIT, et à promouvoir sa ratification par tous les Etats membres de l'UE.