

La directive concernant le détachement de travailleurs - un moyen pour contrer le dumping social ?

par le Professeur Wolfgang Däubler, Brême

I. Préalables

1. Les charges sociales en tant que facteur géographique

Au sein de la CE, les charges sociales varient très fort selon les Etats membres. D'après les données de la Commission CE pour 1990, les salaires conventionnels les plus bas variaient entre 1,5 ECU au Portugal et 2,12 ECU en Grèce et 7,11 ECU en RFA et 13,32 ECU au Danemark. Le revenu par habitant des dix régions les plus riches de la CE était 160 % supérieur à celui des dix régions les moins bien nanties. Par rapport à certains pays tiers -en Europe orientale et au Tiers-Monde, notamment- les inégalités sont encore plus flagrantes. Généralement, l'avantage concurrentiel que constituent les faibles coûts de main-d'oeuvre est plus que compensés par d'autres facteurs: personnel qualifié non disponible, infrastructures non performantes, administration publique difficilement prévisible sont autant d'inconvénients qui ont généralement davantage de poids dans les décisions d'investissement. Il n'y a donc aucune raison d'isoler les producteurs utilisant de la main-d'oeuvre bon marché; cela serait du pur protectionnisme. De même, il ne saurait être question de dumping au sens juridique, lorsqu'un producteur étranger a la possibilité d'offrir ses produits à un meilleur prix parce que ses coûts de main-d'oeuvre sont plus avantageux.

2. Faut-il garantir des normes minimales ?

Des problèmes juridiques peuvent se poser lorsque la production est réalisée dans des conditions de travail portant atteinte à la dignité humaine. La Cour de Justice ^{Fédérale Allemande} européenne a notamment été amenée à se prononcer sur la question de savoir, s'il n'était pas porté atteinte au § 1 de l'UWG (loi sur la répression de la concurrence déloyale), lorsque l'Allemagne importait de l'amiante bon marché produite en Corée du Sud sans que ne soient prises les mesures de protection du travail appliquée habituellement en Europe. Jusqu'à présent, ni le législateur ni la jurisprudence n'ont pu définir des critères précis permettant de déterminer les abus en la matière. Il existe de nombreuses normes internationales minimales -citons p.ex. les normes de l'OIT, la garantie d'un "salaire approprié" et de "conditions de travail sûres et saines" inscrites à l'art. 7 du Pacte des N.U. sur les droits économiques, sociaux et culturels ainsi que les "clauses sociales" contenues dans les conventions internationales sur les matières premières, lesquelles imposent des "fair Labour standards". Leurs termes précis et leur caractère obligatoire en tant que droit international écrit ou droit coutumier international continuent néanmoins à être mis en doute -actuellement, il faut continuer à tenir compte du fait que, malgré de nouvelles impulsions dans le droit relatif aux pays en voie de développement, les conditions de production sont relativement dépourvues d'intérêt pour le droit allemand et

qu'outre l'expression "pecunia non olet", il existe également l'expression "merx non olet". Sur ce point, même le Règlement CE sur les pratiques de commerce illicites de la part de pays tiers semble ne pas être appliqué.

3. La problématique des travailleurs migrants

Les différences de charges salariales peuvent avoir des conséquences plus graves, lorsque des travailleurs migrent des pays moins développés vers les pays "plus riches" et qu'ils acceptent des salaires, dont le niveau se situe entre celui de leur pays d'origine et celui du pays qui les accueillent.

A l'article 48, par. 2, le traité CEE interdit expressément toute discrimination; payer un "salaire d'étranger" à un métallurgiste serait donc enfreindre le droit communautaire. En apparence, les discriminations manifestes de travailleurs étrangers sont vraiment des exceptions; il n'en reste pas moins que des discriminations masquées sévissent à l'égard notamment des femmes ou d'autres groupes défavorisés.

4. La problématique des travailleurs détachés

Une situation de dumping similaire peut également survenir lorsque des travailleurs d'un pays où la main-d'oeuvre est bon marché sont envoyés par leur employeur dans un pays à salaires élevés pour travailler sur des chantiers de construction de routes ou conduire des camions. Dans ce cas d'espèce, le droit en vigueur en matière de conflits de loi permet très difficilement de faire concorder juridiquement et effectivement la situation de ces travailleurs aux dispositions du droit du travail: l'article 30, paragraphe 2, de l'EGBGB (loi introductive au code civil) stipule qu'une activité temporaire dans un autre pays ne modifie en rien le droit applicable et que même en cas de détachement prolongé, des "liens assez étroits" avec le droit appliqué jusque là subsistent généralement. En réalité, il est plus souvent question de "dumping salarial" draconien. Ainsi, le Parlement européen s'est-il penché en avril 1992 sur une question d'un député portugais, soulevant le problème de travailleurs portugais, détachés en France pour la construction du complexe Euro-Disneyland, qui n'ont touché qu'un cinquième du salaire normal payé à des travailleurs français. Dans le secteur de la construction, il est de plus en plus souvent fait état de situations, dans lesquelles des travailleurs polonais sont embauchés dans le cadre de (faux) contrats de travail pour 5 (max. 8) DM par heure. Dans son rapport annuel 1989/1990, le comité des experts s'était déjà insurgé contre de telles pratiques, en soulignant qu'elles allaient entraîner une segmentation du marché du travail et engendrer des tensions entre la main-d'oeuvre indigène et la main-d'oeuvre migrante. Ledit comité attirait également l'attention sur le fait que "les possibilités du législateur dans le domaine du droit du travail et du droit social seraient contournées, étant donné que des réglementations d'autres pays seraient appliquées à l'intérieur des frontières nationales dans des proportions devenues finalement incontrôlables, dans la mesure où des entreprises étrangères exercent leurs activités dans le pays concerné. Il en résulterait des transferts de sièges vers des pays où les normes

sociales et les conditions de travail sont moins sévères. De telles situations engendreraient des conflits entre les pays ..."

Face à de tels dysfonctionnements des marchés du travail, il est possible de prendre des mesures au niveau national mais également sur le plan communautaire. Au mois d'août 1991, la Commission des Communautés européennes a proposé de publier une directive "concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services". Depuis, lors le Parlement européen a émis des avis sur cette proposition. Nous allons maintenant examiner cette directive de plus près car elle s'attaque à un problème dont plus personne ne peut nier l'importance.

II. Contenu de la proposition de directive

La directive a pour objectif de rendre impératif un "noyau dur" de conditions de travail dans le pays d'accueil, y compris dans les cas où les travailleurs sont détachés. Le fait que le droit allemand relatif aux conflits de lois s'appuie sur la convention de Rome du 20 juin 1980 concernant la loi applicable aux obligations contractuelles est sans aucune importance, étant donné que l'art. 20 de cette convention consacre expressément la primauté du droit communautaire.

1. Le concept de "détachement"

D'après l'article 2 de la proposition de directive, il faut prendre trois cas en considération:

Le point (a) concerne le détachement proprement dit: l'entreprise détache, au titre de l'exécution d'un contrat d'ouvrage ou de service, un travailleur sur le territoire d'un Etat membre pour le compte et sous la direction de cette entreprise.

Le point (b) concerne le travail de louage transnational: l'"entreprise de travail temporaire" met un travailleur à la disposition d'une "entreprise utilisatrice" établie ou exerçant son activité dans un Etat membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise de travail temporaire et le travailleur pendant la période de détachement.

Le point (c) vise plus particulièrement le louage de travailleurs interne à un Konzern: l'entreprise met un travailleur à la disposition de l'un de ses établissements ou d'une autre entreprise située dans un Etat membre, pour autant qu'il existe une relation de travail entre elle et le travailleur pendant la période de détachement. Ce cas diffère du point (b) en ce sens que l'employeur qui détache les travailleurs est une entreprise normale de production ou de prestation de service; en terminologie allemande, il s'agit véritablement d'un travail de louage ("Leiharbeit").

Par "entreprise effectuant un détachement", il faut entendre toute entreprise qui met en pratique le principe de libre prestation des services prévu aux articles 59 et suivants du Traité instituant la CEE. Sont également visées les entreprises qui ont leur siège en dehors de la Communauté européenne. Il faut noter que dans tous les cas, la relation de travail subsiste avec

l'entreprise qui détachent les travailleurs; dans l'hypothèse où l'employeur adopterait une autre position, il s'agirait alors d'une question relative à la libre circulation des travailleurs, pour laquelle l'égalité de traitement dans les procédures internes de la CEE est en tout état de cause déjà inscrite à l'article 48, paragraphe 2, du Traité CEE.

2. Le "noyau dur" de règles impératives à observer dans le pays d'accueil

L'article 3, par. 1, de la proposition de directive stipule qu'en cas de détachement, il faut appliquer "les conditions de travail en vigueur pour un travail de même nature sur le lieu où le travail est exécuté à titre temporaire", quelle que soit la loi applicable à la relation de travail. A cet égard, il doit s'agir de conditions de travail fixées par voie de dispositions législatives, réglementaires ou administratives, de conventions collectives ou de sentences arbitrales couvrant l'ensemble de la profession et du secteurs concernés ayant un effet "erga omnes". Outre les dispositions obligatoires du droit de travail, sont donc à prendre en considération seules les conventions collectives obligatoires erga omnes. Par ailleurs, cette force obligatoire ne s'applique qu'à des matières bien définies, énumérées de manière limitative:

- (1) la durée maximale journalière et hebdomadaire du travail, les périodes de repos, le travail du dimanche et le travail de nuit;
- (2) la durée minimale des congés payés;
- (3) les taux de salaire minimum, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires et les compléments de salaire, mais à l'exclusion des prestations versées par les régimes professionnels privés;
- (4) les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des agences de travail temporaire;
- (5) la santé, la sécurité et l'hygiène au travail;
- (6) les mesures protectrices applicables aux conditions de travail des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants, des jeunes et autres catégories bénéficiant d'une protection particulière;
- (7) l'égalité de traitement entre hommes et femmes et l'interdiction de toute discrimination fondée sur la couleur, la race, la religion, les opinions, l'origine nationale ou sociale.

D'après l'article 3, paragraphe 2, la durée minimale des congés payés et les taux de salaire minimum n'ont pas force obligatoire lorsque la durée du détachement des travailleurs, calculée sur une période de référence d'une année après son commencement, est inférieure à trois mois. Lors du calcul du délai de trois mois, il y a lieu de tenir compte de toute période antérieure, durant laquelle "le poste de travail" a été occupé par un travailleur

détaché. L'on veut visiblement éviter qu'une rotation des travailleurs soit pratiquée afin d'éviter tout dépassement du délai de trois mois et que ce faisant, l'exception prévue au paragraphe 2 soit élargie et sorte de son champ d'application.

3. Les avis du Parlement européen et de ses commissions

Il a fallu attendre plus d'un an et demi avant que le Parlement européen ne prenne position sur la proposition de directive de la Commission. Au cours de la séance du 6 juillet 1992, le premier rapport de la commission des affaires sociales, de l'emploi et du milieu de travail a été renvoyé à ladite commission par l'assemblée plénière. Le deuxième rapport a été adopté par l'assemblée plénière. Les principaux amendements proposés concernent le champ d'application -les dispositions de la directive entreraient en vigueur dès que la durée de l'activité excéderait un mois- ainsi que les dispositions applicables, pour lesquelles il faudrait désormais appliquer l'usage local et non plus la force obligatoire erga omnes.

III. Critique

1. Une sage initiative à l'origine ...

La proposition de directive a en tout cas le mérite d'aborder un problème réel qui ne fera vraisemblablement que s'accroître dans les années à venir: plus l'interpénétration économique des Etats membres sera importante, plus les cas de détachement donnant lieu à un louage transnational de travailleurs seront nombreux. La Commission n'a pas voulu trouver "la" solution qui harmoniserait certaines conditions de travail au sein de la Communauté; étant donné les différents niveaux de développement économique, les conditions ne sont pas encore réunies pour créer un véritable "socle social" de mesures impératives. Il est par conséquent plus réaliste d'étendre totalement ou partiellement les normes en vigueur dans chaque Etat aux travailleurs, qui sont détachés par leur employeur dans un pays membre bien précis. La concurrence fondée sur les coûts de main-d'oeuvre n'est éliminée ou du moins atténuée qu'à condition qu'elle se manifeste sur un marché national en particulier et qu'ainsi, l'on puisse bénéficier d'une sorte de compromis entre les bas salaires du pays d'origine et l'infrastructure moderne du pays d'accueil. La Commission se limite alors à coordonner les règles nationales: la directive entend déterminer quels sont les domaines qui font partie du "noyau dur" des conditions de travail minimales qu'il y a lieu d'observer dans le pays d'accueil, sans pour autant porter atteinte à leurs spécificités. A l'inverse, sans une telle réglementation, l'on pourrait être confronté à une situation où les Etats membres empruntent chacun des voies différentes; dans un pays, des salaires minimums seraient appliqués et dans un autre, une contribution obligatoire serait imposée pour l'utilisation des équipements communs sur le chantier de construction. Si on s'en réfère à la jurisprudence de la Cour de Justice européenne, les Etats membres ont le droit d'étendre leur législation ou les conventions collectives aux travailleurs détachés -c'est notamment la position que la Cour de Justice a adoptée dans l'affaire Rush Portuguesa concernant des travailleurs portugais détachés en France mais c'est aussi le

principe qui est généralement retenu pour autant qu'en agissant de la sorte, il n'y ait pas discrimination, notamment par une double imposition de charges sociales. Dans un tel cas d'espèce, la directive aurait joué un rôle d'harmonisation et aurait facilité l'exercice de la libre prestation des services prévue à l'article 59 et suivants du Traité CEE.

2. ... avec un résultat inconséquent

Cette initiative louable de la part de la Commission ne se reflète pas dans le texte de la directive qu'elle propose. La directive va à peine plus loin que les dispositions de droit national existantes en matière de conflits de lois et en se limitant aux conventions collectives avec effet erga omnes, elle s'applique très différemment dans chacun des Etats membres.

En considérant les 7 points du "noyau dur" les uns après les autres, on constatera sans difficulté qu'actuellement -exception faite des congés et des taux de salaire minimum- la force obligatoire revendiquée s'applique déjà aux travailleurs détachés. Elle concerne toutes les règles de droit public, qui respectent le principe de territorialité conformément à la jurisprudence appliquée jusqu'à ce jour et qui s'appliquent à tout travail dépendant effectué sur le territoire de la République fédérale d'Allemagne. Ainsi, l'AZO (loi allemande sur la durée du travail), l'interdiction de travail prévue aux paragraphes 105 b et suivants du GewO (Code allemand portant réglementation des professions industrielles, commerciales et artisanales) ainsi que la législation sur la protection du travail s'appliquent-elles également sans exception aux travailleurs qui exercent une activité temporaire en Allemagne sous un statut d'étranger. Les points 1 et 5 du "noyau dur" n'apportent donc rien de nouveau. Il en va de même pour les dispositions du point 6 à l'égard des femmes enceintes, des enfants et des personnes gravement handicapées. L'égalité de traitement entre hommes et femmes imposée au point 7 est déjà inscrite dans le droit communautaire; sur la base de l'article 3, paragraphe 3 de la loi fondamentale allemande et du § 75 de la loi allemande sur les conseils d'entreprise, il n'y a aucun obstacle à ce que les autres interdictions de discrimination édictées par le droit communautaire soient considérées comme "normes impératives" au sens de l'article 34 de l'EGBGB (loi introductive au code civil) -tout à fait indépendamment du fait que les problèmes des travailleurs portugais et polonais ne sont pas dûs au fait, que certains d'entre eux subissent une discrimination en raison de leur conviction religieuse ou -comme l'a proposé la commission parlementaire des affaires sociales- en raison de leurs "tendances sexuelles". Enfin, l'Allemagne a toujours veillé à ce que les dispositions de l'AÜG (loi sur le louage de main-d'oeuvre intérimaire) s'appliquent également au louage transnational de travailleurs; ce faisant, le point 4, lui aussi, n'apporte rien de neuf. Si on se réfère en particulier aux normes de droit public, on peut considérer que les autres Etats membres connaissent une situation comparable à celle de l'Allemagne.

Il reste donc les dispositions concernant "la durée minimale des congés payés" (point 2) et "les taux de salaire minimum, y compris ceux majorés par les heures supplémentaires et les

compléments de salaire" (point 3). Dans ce cas, on est confronté au problème que, conformément au droit allemand sur les conventions collectives, les taux applicables aux salaires et aux congés ne lient que les membres des deux organisations concernées et n'ont par conséquent pas d'effet erga omnes. La déclaration conférant force obligatoire générale est tout à fait exceptionnelle dans ce secteur. Même dans des pays comme la France, la directive n'a pas de raison d'être. Selon toutes apparences, seul le droit espagnol fait de la force obligatoire erga omnes une règle de fait, en ne l'appliquant néanmoins que lorsque les conventions collectives ont respecté la procédure prévue dans le statut des travailleurs et qu'il ne s'agit pas de conventions collectives "non statutaires" très courantes. De toute évidence, la directive ne se justifie pas davantage dans le cas de la Grande-Bretagne, où les "gentlemen's agreements" n'acquiescent une force obligatoire que par convention expresse ou tacite dans le contrat de travail. Aussi n'est-il plus essentiel de savoir, si les dispositions concernant les congés et les salaires minimums sont applicables uniquement pour un détachement d'au moins trois mois, ou si elles le sont déjà après un mois ou encore si elles entrent en vigueur immédiatement: il serait par conséquent tout à fait insensé de discourir sur les délais d'application d'une disposition sans objet.

Sous la forme proposée, cette directive est un coup d'épée dans l'eau pour la plupart des Etats membres. Tout au plus soulèverait-elle une série de problèmes d'interprétation et de difficultés pratiques supplémentaires. Lorsque, pour une activité déterminée, les règles impératives de sécurité et d'hygiène sur les lieux de travail s'appliquent également aux travailleurs détachés, il faut bien entendu y assimiler les mesures de prévention des accidents des associations professionnelles; par contre, on est moins enclin à le faire pour les conventions d'entreprise, étant donné que leur champ d'application limité ne leur permet pas de couvrir l'ensemble de la profession. Dans le cas de monteurs travaillant dans différents états membres, il serait par ailleurs très coûteux, d'établir leurs congés annuels à partir de plusieurs tranches d'activités, lesquelles dépendraient chaque fois d'une réglementation différente. Admettons que ceci puisse se faire: quid, lorsque d'autres réglementations adoptent une position différente de la Cour fédérale du travail en matière de report des congés à l'année suivante et de maladie de longue durée? Les bureaux de conseil juridique connaîtraient à coup sûr un essor extraordinaire.

Le problème se conçoit différemment si l'on suit les propositions du Parlement. Si l'on renonçait à la force obligatoire erga omnes, en adoptant les systèmes de congés et de rémunération locaux, les objectifs initiaux de la Commission seraient davantage rencontrés. En se fondant sur le système juridique, l'on pourrait s'inspirer de l'usage qui a voulu que la main-d'oeuvre à temps partiel se voit appliquer les mêmes conditions de travail que le reste des travailleurs; le jeu des salaires (relativement) limité est certes maintenu, mais toute discrimination aux dépens des groupes de personnes protégées est interdite. Ceci étant, il importe par conséquent de savoir si tous les types de détachement sont concernés ou si un "seuil" d'un mois ou de trois mois est fixé. Dans cette hypothèse, il

faudrait alors opérer, dans la mesure du possible, une différenciation suivant le type de détachement: pour le travail de louage et les autres cas, où le travailleur est mis à disposition d'une entreprise dans le "pays d'accueil", des périodes de très courte durée peuvent à la rigueur être supportables, tandis que pour le détachement "proprement dit", c.-à-d. lorsque la relation de dépendance par rapport à l'Etat d'origine est totalement maintenue, une plus grande générosité serait tout à fait permise, le contexte de compétition avec la main d'oeuvre du "pays d'accueil" étant nettement moins marqué dans ce cas.

IV. Des alternatives ?

Il est actuellement impossible de dire, si le projet de directive sera un jour approuvé par le Conseil des Ministres dans sa forme actuelle ou dans une version améliorée. Mais, étant donné que le Parlement européen, très attentif aux questions sociales, a également rencontré beaucoup de difficulté, l'heure est plutôt au scepticisme. Dans un tel contexte, la Communauté n'a que le Règlement sur les pratiques de commerce illicites à opposer au dumping social émanant de pays tiers.

Au niveau national, par contre, plusieurs mesures sont envisageables. Le droit communautaire permet de se référer au droit du travail allemand pour l'adjudication de marchés publics de construction. Pour les autres types de marchés publics, ledit droit peut également jouer un rôle.

Par ailleurs, pour lutter contre la concurrence se fondant sur un main-d'oeuvre bon marché, il faudrait davantage s'intéresser à savoir ce que recouvrent exactement les normes impératives dont question à l'article 34 de l'EGBGB qui sont également applicables aux travailleurs étrangers sous contrat de travail. Il y a certainement lieu d'y intégrer l'interdiction de pratiquer des salaires usuraires ("Lohnwuchers"), quoique dans la littérature spécialisée, l'on défend de plus en plus le point de vue selon lequel il convient également d'appliquer les conventions collectives déclarées erga omnes au lieu de la jurisprudence de la Cour fédérale du travail, lorsque les relations de travail relèvent d'un droit étranger. Les conventions doivent toutefois se doter d'un champ d'application approprié; dans la mesure où elles ne visent que les entreprises nationales, elles ne peuvent être étendues aux cas classiques de détachement, même par le biais d'une déclaration de force obligatoire générale.

Enfin, il a récemment été proposé, de percevoir une cotisation de dumping dans le secteur de la construction pour l'embauche de main-d'oeuvre bon marché, afin d'éliminer la différence avec les salaires nationaux. Par ce biais, on appliquerait, à des fins sociales, une sanction, qui a été introduite initialement pour lutter contre le dumping "proprement dit". Il ne s'avère pas opportun de se demander ici, si le législateur usera de ce procédé ou non -pour la présente réflexion, il importe uniquement de savoir que l'état national dispose des outils nécessaires pour se prémunir contre les dysfonctionnements du marché du travail.