

Les données du débat

Par N. Moizard,

Maître de conférences à l'Université de Strasbourg, Laboratoire de droit social

Dans le droit de l'Union européenne, il n'existe pas de principe de prohibition du marchandage, du prêt de main-d'œuvre à but lucratif illicite ou de délit de travail dissimulé¹. Cette situation pourrait évoluer dans la mesure où, depuis le traité de Lisbonne, l'Union a les moyens de créer des infractions relatives au prêt de main-d'œuvre illicite².

L'intérim apparaît dans différents contextes du droit de l'Union. Il a été vu il y a quelques années dans le cadre du transfert d'entreprise où la spécificité de ce type d'entreprise a été prise en compte³.

Il y est surtout présent dans deux situations : celle du détachement transnational des travailleurs et, plus récemment, celui de l'harmonisation sociale. Les deux contextes sont naturellement liés dans la mesure où le travailleur intérimaire est envoyé dans une entreprise utilisatrice et que cette opération peut concerner une entreprise de travail temporaire et une entreprise utilisatrice relevant d'Etats membres différents au sein du marché intérieur.

Dans ces deux contextes, il est important d'identifier l'intérimaire européen (I.). L'influence sur les Etats est substantielle dans la mesure où l'Union recherche le développement du travail intérimaire (II.) et que les règles sur la libre prestation de service modifient l'objet du contrôle du travail (III.).

I. De qui parle-t-on ? L'identification de l'intérimaire européen

A/ Le détachement transnational des intérimaires

La Cour de justice a connu dès les années 80 des affaires relatives au détachement de travailleurs dans le cadre de prestations de services⁴. Rappelons ici les arrêts *Web*⁵ et *Rush Portuguesa*⁶ relatifs à la mise à disposition de main-d'œuvre.

¹ V. en droit français, l'art. L 8241-1 C. trav..

² Art. 82 par. 2 TFUE.

³ CJCE 13 sept. 2007, aff. C-458/05, Jouini, pt 34 : « ...sans nécessiter le recours à d'autres éléments d'exploitation importants ou à d'autres parties de celle-ci ».

⁴ CJCE 3 fév. 82, *Seco*, 62 et 63/81.

⁵ CJCE 17 déc. 1981, 279/80, *Web*.

Le détachement des intérimaires est l'une des situations de détachement prévue par la directive 96/71 du 16 décembre 1996 relative au détachement des travailleurs dans le cadre des prestations de services. L'art. 1 de la directive 96/71, intitulé « champ d'application » prévoit à son paragraphe 3 : « la présente directive s'applique dans la mesure où les entreprises visées au paragraphe 1 prennent l'une des mesures transnationales suivantes : c) détacher, en tant qu'entreprise de travail intérimaire ou en tant qu'entreprise qui met un travailleur à disposition, un travailleur à une entreprise utilisatrice établie ou exerçant son activité sur le territoire d'un Etat 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 ». La directive 96/71 ne donne pas ici une définition uniforme de la relation de travail intérimaire. Elle prend en compte une situation nationale préconstituée, dont elle admet la légalité, en donne quelques critères, tout en laissant quelques zones d'ombres relevant de la compétence des droits nationaux. Cette définition ne se limite pas non plus à la qualification d'intérim. Il y est visé l'« entreprise qui met un travailleur à disposition ».

Dans le contexte de détachement, la Cour de justice reprend dans l'arrêt *Vicoplus*⁷, une distinction établie dans l'arrêt *Rush Portuguesa*⁸, entre d'un côté le déplacement de travailleurs qui constitue l'accessoire d'une prestation de services et d'autre part la prestation de services dont l'objet principal est de faire accéder des travailleurs au marché de l'emploi de l'Etat membre d'accueil. Le détachement d'intérimaires se rattache à la seconde catégorie.

B/ L'harmonisation du statut des intérimaires

Dans le contexte de l'harmonisation sociale européenne, plusieurs directives s'intéressent à la situation des intérimaires. Il en va ainsi de la directive 91/533 du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou

⁶ CJCE 27 mars 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*.

⁷ CJUE 10 fév. 2011 *Vicoplus*, aff. C-307/09 à C-309/09.

⁸ CJCE *Rush Portuguesa*, point 16 : « Dans la mesure où la notion de prestation de services telle que définie par l'art. 60 du Traité, couvre des activités de nature très divergente, les mêmes conclusions ne s'imposent pas dans tous les cas. En particulier, **il faut reconnaître qu'une entreprise de mise à disposition de main-d'œuvre, bien que prestataire de services au sens du Traité, exerce des activités qui ont précisément pour objet de faire accéder des travailleurs au marché de l'emploi de l'Etat membre d'accueil.** Dans un tel cas, l'art. 216 de l'Acte d'adhésion s'opposerait à la MAD provenant du Portugal par une entreprise prestataire de service ».

à la relation de travail qui spécifie le contenu des informations que doivent recevoir les salariés détachés. Dans celui de la santé et de la sécurité, la directive 91/383 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, s'applique « aux relations de travail intérimaire entre une entreprise de travail intérimaire qui est l'employeur et le travailleur, ce dernier étant mis à disposition afin de travailler pour une entreprise et/ou un établissement utilisateurs et sous leur contrôle » (art. 1 § 2, dir. 91/533). La directive 91/383 précise les responsabilités pendant la durée de la mission, s'agissant des conditions d'exécution du travail liées à la sécurité, à l'hygiène et à la santé au travail. La directive 91/383 vise l'entreprise utilisatrice, sans préjudice de la responsabilité fixée par la législation nationale de l'entreprise de travail temporaire (dir 91/383, art. 8).

Mais c'est surtout la directive 2008/104 du 19 novembre 2008 dont l'objet principal est la situation des travailleurs intérimaires. Cette directive, dont la gestation a été très longue, était annoncée dans le préambule de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée⁹. Faute d'accord, ce sont les institutions communautaires qui ont repris l'initiative en adoptant la directive 2008/104. Il est à noter qu'un dialogue social sectoriel a accompagné l'adoption de cette directive. Cette directive devait être transposée au plus tard le 5 décembre 2011.

La directive 2008/104 vise à la fois à établir « un cadre protecteur pour les travailleurs intérimaires qui est non discriminatoire, transparent et proportionné, tout en respectant la diversité des marchés du travail et des relations entre partenaires sociaux » (consid. 12, dir. 2008/104).

La directive 2008/104 a pour objet d'assurer la protection des travailleurs intérimaires et le respect du principe de l'égalité de traitement à l'égard des travailleurs intérimaires qui doit permettre d'améliorer la qualité du travail intérimaire.

Toutefois, cette directive se situe également dans le cadre de la stratégie européenne pour l'emploi. La protection des travailleurs intérimaires ne doit pas enlever au travail intérimaire, son aspect attractif pour l'emploi. Selon la directive 2008/104, cette protection des travailleurs doit tenir compte de la nécessité d'établir un cadre approprié d'utilisation du travail

⁹ L'accord-cadre sur le travail à durée déterminée prévoyait dans son préambule qu'« il est dans l'intention des parties de considérer la nécessité d'un accord similaire relatif au travail intérimaire (point 4 du préamb. de l'accord-cadre).

intérimaire en vue de contribuer efficacement à la création d'emplois et au développement de formes souples de travail (art. 2, dir. 2008/104).

La question du champ d'application de la directive est centrale.

Une nouvelle définition du « travailleur intérimaire » résulte de la directive 2008/104/CE. Il résulte de cette directive qu'elle s'applique « aux travailleurs ayant un contrat de travail ou une relation de travail avec une entreprise de travail intérimaire et qui sont mis à disposition d'entreprises utilisatrices afin de travailler de manière temporaire et qui sont mis à la disposition d'entreprises utilisatrices afin de travailler de manière temporaire sous leur contrôle et leur direction »¹⁰.

La définition du « travailleur » est renvoyée aux droits nationaux. La directive 2008/104 vise « toute personne qui, dans l'Etat membre concerné, est protégée en tant que travailleur dans le cadre de la législation nationale sur l'emploi »¹¹. Dès lors qu'un travailleur répond à ces conditions, il est couvert par la directive 2008/104/CE.

Les éventuelles politiques nationales de contournements sont placées sous surveillance. La Cour de justice a déjà rappelé aux Etats membres l'obligation de donner plein effet aux directives dans le cadre de l'harmonisation sociale¹². A ce titre, on peut discuter de certaines exclusions britanniques du champ d'application de la directive 2008/104¹³, même si la directive entend respecter la diversité des marchés du travail¹⁴. Suffit-il d'affirmer dans la législation nationale qu'il n'y a pas de contrat ou de relation de travail avec l'agence d'intérim pour exclure une situation du champ d'application de la directive ? Il faut tenir compte de la précision selon laquelle « la présente directive ne porte pas atteinte au droit national en ce qui concerne la définition de la rémunération, du contrat ou de la relation de travail, ou du

¹⁰ Art. 3, par. 1, c) dir. 2008/104.

¹¹ Art. 3, par. 1, a), dir. 2008/104.

¹² V. la jurisprudence de la CJUE sur l'exclusion française des travailleurs de moins de 26 ans des effectifs de l'entreprise jugée incompatible avec les directives licenciements collectifs et transfert d'entreprise : CJCE 18 janv. 2007, aff. C-385/05 *CGT et a. c/Premier Ministre* : « les modalités de calcul de ces seuils, et partant lesdits seuils eux-mêmes, ne sont pas à la disposition des Etats membres, dès lors qu'une telle interprétation permettrait à ces derniers d'altérer le champ d'application de ladite directive et de priver celle-ci de son plein effet ». A rapp. de la CJCE 8 juin 94, C-383/92, *Comm. c/Royaume-Uni*, pt 19 : la directive transfert d'entreprise n'opère pas un renvoi pur et simple aux règles en vigueur dans les Etats membres en ce qui concerne la désignation des représentants des travailleurs mais laisse uniquement aux Etats membres le soin de déterminer selon quelles modalités les représentants des travailleurs qui doivent ou peuvent intervenir dans la procédure de licenciement collectif, doivent être désignés. Dans les directives transfert d'entreprise et licenciements collectifs, les représentants des travailleurs sont ceux qui sont prévus par la législation ou la pratique des Etats membres.

¹³ Agency workers regulations 2010, section 3 (2) a. On peut s'interroger sur l'exclusion des individus qui trouvent du travail *via* une agence d'intérim mais qui travaillent pour leur propre compte.

¹⁴ Cons. 12, dir. 2008/104.

travailleur (art. 3, par. 2, dir. 2008/104). Comment assurer l'effectivité de la directive, s'il est possible de la contourner par d'autres statuts ?

La directive 2008/104 donne aussi une définition des « entreprises de travail temporaire » qui ne se limite pas aux entreprises faisant une opération à but lucratif, ni à titre exclusif¹⁵. Là aussi, la requalification n'est pas interdite. La question se posera de savoir s'il faut constater préalablement un contrat de travail avec l'entreprise de travail temporaire ou si la directive peut être le fondement d'une requalification de certains montages juridiques qui excluent l'existence d'une relation de travail avec l'agence d'intérim, dès lors que les autres conditions de la directive sont remplies. Là encore, la réserve de la directive selon laquelle, elle ne porte pas atteinte à la définition du contrat ou de la relation de travail doit être prise en compte.

Entre les directives détachement et intérim, deux éléments communs ont été relevés¹⁶ :

- maintien de la relation de travail entre l'entreprise qui met le travailleur à disposition et le travailleur intérimaire.
- Existence d'une subordination de fait du travailleur à l'égard de l'entreprise utilisatrice pour l'organisation, l'exécution et les conditions de travail. Cet élément permet de distinguer l'intérim de la sous-traitance.

II. Le développement de l'intérim

L'activité de l'intérim n'est pas menacée par le droit européen. Bien au contraire, la directive intérim, se rapprochant en cela de la directive « temps partiel »¹⁷, est une incitation à combattre les obstacles au développement de l'intérim.

On peut même penser qu'un Etat membre qui ne connaîtrait pas ce type de relation de travail devrait la consacrer.

Certains cadres nationaux sont menacés. Un récent contentieux concernant la Belgique, dans le cadre du détachement transnational de travailleurs, en donne une illustration¹⁸.

¹⁵ V. European Commission, Employment, Social Affairs & Inclusion – Unit B2 – Labour Law, Report expert group, *transposition of directive 2008/104/EC on temporary agency work*, august 2011.

¹⁶ V. conclusions av. gén. Y. Bot, 9 sept. 2010, aff. C-307/09 à C-309/09, points 59 et s.

¹⁷ Directive 97/81/CE du Conseil, du 15 décembre 1997, concernant l'accord-cadre sur le travail à temps partiel conclu par l'UNICE, le CEEP et la CES

¹⁸ V. CJUE 30 juin 2011, C-397/10, *Commission c/Belgique* : la Cour de justice condamne la Belgique pour avoir soumis les activités des agences de travail intérimaires à des entraves injustifiées au regard de la libre prestation de service. La Cour de justice estime qu'en soumettant les agences de travail intérimaire fournissant

La directive de 2008 prévoit un réexamen des interdictions et des restrictions concernant le recours aux travailleurs intérimaires qui ne peuvent être maintenues que si elles sont justifiées par des raisons d'intérêt général¹⁹.

Il faudra alors faire la part entre législation protectrice et restriction à l'activité d'intérim. Que faut-il penser des limitations de cas de recours à l'intérim²⁰ ? Des clauses de partage de responsabilité entre les entreprises concernées, jusque-là admises par la Cour de justice²¹ ?

III. Le contrôle

L'absence d'intervention du droit de l'Union sur le travail dissimulé ne signifie pas que les interventions de contrôle réalisées dans les Etats membres par les administrations du travail soient soustraites au contrôle communautaire. Plusieurs finalités peuvent justifier le contrôle : le respect des règles d'entrée sur le marché du travail national et le respect de la législation sociale nationale.

Si l'on veut résumer la jurisprudence de la CJUE, le contrôle est permis dès lors qu'il n'entrave pas la libre prestation de services. Il est interdit de soumettre les entreprises de travail temporaire dans d'autres Etats membres à des formalités auxquelles ne sont pas soumises les entreprises nationales²².

La Cour admet que, sous réserve de respecter le principe de proportionnalité, un Etat membre peut vérifier que l'entreprise établie dans un autre Etat membre, qui détache sur son territoire des travailleurs d'un Etat tiers, ne se sert pas de la libre prestation de service dans un but autre que l'accomplissement de la prestation concernée, par exemple celui de faire venir son personnel aux fins de placement ou de mise à disposition de travailleurs²³.

leurs services sur le territoire de la Région Bruxelles-Capitale à l'obligation d'avoir un objet social exclusif l'activité de mise à disposition de travailleurs et revêtir une forme juridique particulière et, la Belgique avait manqué à l'art. 56 TFUE, relatif à la libre prestation de services.

¹⁹ Art. 4, dir. 2008/104.

²⁰ V. European Commission, Employment, Social Affairs & Inclusion – Unit B2 – Labour Law, Report expert group, *transposition of directive 2008/104/EC on temporary agency work*, august 2011, p. 29.

²¹ V. 12 oct. 2004, *Wolf et Müller*, 60/03.

²² Dans l'aff. *Commission/Allemagne* (C 490/04), c'est au regard des règles du traité CE relatives à la LPS qu'a été déclarée contraire une disposition du droit allemand qui imposait aux entreprises de TT établies dans d'autres EM de communiquer par écrit aux autorités allemandes compétentes non seulement le début et la fin de la mise à disposition d'un travailleur au profit d'une entreprise utilisatrice en Allemagne, mais aussi le lieu d'affectation de ce travailleur ainsi que toute modification relative à ce lieu, tandis que les entreprises du même type établies en Allemagne n'étaient pas soumises à cette obligation supplémentaire qui incombait toujours aux entreprises utilisatrices (18 juill. 2007, *Commission/Allemagne*, pts 83 à 89).

²³ *Commission/Autriche*, 21 sept. 2006, C-168/04, pt 56.

Les directives offrent des éléments sur lesquels les administrations du travail peuvent s'appuyer pour justifier leurs contrôles :

- aux termes de la directive 91/533, les travailleurs doivent être informés des éléments de leur relation de travail (sauf possibilité d'exclusion sur courte durée de la relation de travail, art. 1 § 2). La directive 91/533 impose une information sur la durée prévisible du contrat ou de la relation de travail, s'il s'agit d'un contrat ou d'une relation de travail temporaire (art. 2 § 2, e)).

La directive 91/533 s'est invitée dans le débat relatif aux obligations d'information imposées par l'Etat d'accueil, aux prestataires de service d'un autre Etat qui y détachent temporairement des travailleurs²⁴. Selon la Cour de justice, la législation qui impose de ne détacher sur son territoire que le personnel lié à l'entreprise par un contrat de travail ou un autre document réputé analogue aux termes de la directive 91/533 ne peut se rattacher à l'exception d'ordre public de l'article 3 § 10 de la directive 96/71, dans la mesure où les entreprises sont déjà soumises aux exigences de la directive 91/533 dans la législation de leur Etat d'établissement²⁵.

Il est souhaitable que la directive 2008/104 ne serve pas, comme la directive 91/533, de norme plafond dans le cadre de la jurisprudence sur le détachement transnational des intérimaires.

- La directive 2008/104 contient surtout un principe d'égalité de traitement des travailleurs intérimaires dans l'entreprise utilisatrice. Ce principe suscite de très nombreuses interrogations sur son champ d'application et sur les facultés de dérogation auxquelles il donne lieu. S'agissant des systèmes nationaux particuliers, il reviendra notamment aux Etats membres de préciser si les régimes professionnels de sécurité sociale, d'assurance-maladie ou de participation financière, font partie des conditions essentielles de travail et d'emploi (art. 5 § 4).

Par ailleurs, les dérogations passent prioritairement par la voie de la convention collective, favorisant ainsi les Etats membres qui connaissent un système développé de négociation collective.

²⁴ Le contentieux concerne en particulier l'obligation de tenir des documents de travail dans l'Etat d'accueil. V. CJCE 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-376/96 *Arblade*, pt 67. Obligation de traduire les documents : CJCE 18 juill. 2007, aff. C-490/04, *Comm. C./RFA*, pts 70 et 71.

²⁵ CJCE 19 juin 2008, aff. C-319/06, *Comm. c/Luxembourg*, pts 44 et 60

La directive 2008/104 laisse aux Etats membres la possibilité de fixer des exigences en matière d'enregistrement, d'agrément, de certification, de garantie financière ou de contrôle des entreprises de travail intérimaire (art. 4 § 4, directive 2008/104).

La dir. 2008/104 n'est pas précise sur les sanctions applicables en cas de non-respect de l'opération d'intérim et sur les recours ouverts au travailleur intérimaire. La directive aurait pu notamment imposer aux Etats de choisir parmi plusieurs sanctions (requalification de la relation de travail à l'encontre de l'entreprise utilisatrice par exemple).

L'ampleur du contrôle est au cœur de l'aff. *Vicoplus* qui a donné lieu à un arrêt du 10 février 2011 (aff. C-307/09 à C-309/09) et qui concerne des amendes infligées pour avoir détaché des travailleurs polonais aux Pays-Bas sans avoir obtenu une autorisation de travail. Selon la Cour, « il importe de distinguer la mise à disposition du déplacement temporaire de travailleurs qui sont envoyés vers un autre Etat membre pour y effectuer des travaux dans le cadre d'une prestation de services de leur employeur, un déplacement à ces fins étant d'ailleurs visé à l'art. 1^{er}, par. 3 sous a) de la dir. 96/71 » (point 45). Dans ce dernier cas, le détachement de travailleurs par leur employeur dans un autre Etat membre constitue l'accessoire d'une prestation de services accomplie par l'employeur dans cet Etat membre. « Il convient de considérer qu'il s'agit d'un détachement au sens de l'art 1^{er}, par. 3, sous c), de la dir. 96/71 lorsque, à la différence d'un déplacement temporaire, le déplacement de travailleurs dans un autre Etat membre constitue l'objet même d'une prestation de services transnationale » (point 46). La Cour de justice a estimé que les Pays-Bas pouvaient valablement subordonner le détachement d'intérimaires sur son territoire à une autorisation de travail.

La Cour soumet donc le détachement des travailleurs aux fins d'effectuer des travaux dans le cadre d'une prestation de service de son employeur au sens de l'art. 1^{er} par. 3 sous a), de la dir. 96/71 à un régime distinct du détachement au sens de l'art. 1^{er} par. 3, sous c) de la dir. 96/71 où le déplacement de travailleurs dans un autre Etat membre constitue l'objet même d'une prestation de service transnationale.

Remarquons, que ce sont toutes les situations visées par le point c) qui sont soumises à la décision de la Cour de justice. Ce n'est donc pas seulement le secteur de l'intérim *stricto sensu*.

Il a été relevé que la Cour de justice fait cette distinction alors que la directive 96/71 soumet au même régime les deux situations visées à l'art. 1^{er} par. 3.

La distinction établie par la Cour de justice est-elle contingente du contexte néerlandais qui prévoit une autorisation de travail pour une prestation de services consistant en la mise à disposition de main-d'œuvre, et de la dérogation relative à la libre circulation des travailleurs dans l'acte d'adhésion de la Pologne en 2003 ?

La Cour a-t-elle été sensible au constat que le travailleur est « typiquement affecté, durant la période de sa mise à disposition, à un poste au sein de l'entreprise utilisatrice qui aurait été occupé par un salarié de celle-ci » (point 31) et à la finalité de l'acte d'adhésion qui vise à éviter qu'il ne se produise des perturbations sur le marché du travail des anciens Etats membres (pt 34) ?

On traite le travailleur intérimaire détaché dans le cadre d'une prestation transnationale, comme un travailleur qui accède au marché du travail de l'Etat d'accueil. Est-ce à dire qu'il faut lui appliquer les règles sur la libre circulation des travailleurs et corrélativement le droit d'un employeur d'occuper dans l'Etat membre où il est établi des travailleurs qui sont ressortissants d'un autre Etat membre²⁶ ?

Y-a-t-il une présomption de fraude aux règles sur la libre circulation des travailleurs et aux règles nationales ?

Faudra-t-il être plus clément sur l'application de la directive 96/71 dès lors nous sommes en présence d'un déplacement temporaire de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services ?

L'arrêt *Vicoplus* fait-il évoluer les lignes avec la directive « services »²⁷ ? Faut-il voir dans cette directive des possibilités de rééquilibrage²⁸ entre protection des travailleurs et libre prestation de services ?

²⁶ CJCE *Clean-Car Auto service*, 7 mai 1998, C -350/96, point 25.

²⁷ Directive 2006/123 du 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur. Cette directive ne s'applique pas aux services fournis par les agences de travail intérimaire (cons. 14 et art. 2 par. 2, e). La directive service ménage en principe la directive détachement (cons. point 86).

²⁸ V. le cons. 13 de la directive 2006/123 : Il importe également que la présente directive respecte pleinement les initiatives communautaires qui, fondées sur l'article 137 du traité, sont prises en vue de réaliser les objectifs visés à l'article 136 dudit traité concernant la promotion de l'emploi et l'amélioration des conditions de vie et de travail.

Nous examinerons **l'exemple de l'affaire des intérimaires polonais de Flamanville**. Cette affaire pose clairement la responsabilité du donneur d'ordre et de la multiplication des niveaux de personnes morales dans le régime de l'interim (Atlanco, siège en Irlande et contrats signés à Chypre).

Les entreprises de travail temporaire qui sont obligées de respecter des législations sociales avancées se font doublées par des entreprises établies dans des « paradis sociaux » auprès desquelles il est difficile de remonter pour avoir l'information. La concurrence entre les entreprises intérimaires dans le marché intérieur est un autre sujet. L'harmonisation des conditions de travail des travailleurs intérimaires est pourtant à relativiser si elle est contournée par le détachement des travailleurs intérimaires.