

ACCORD-CADRE ET MESURES D'ACCOMPAGNEMENT : POSITION DE L'USS

Berne, le 23 septembre 2020

L'accord-cadre actuel est une menace pour les salaires et les emplois

La Suisse a les plus hauts salaires d'Europe

La Suisse a les plus hauts salaires en Europe. Une ouverture incontrôlée du marché du travail en Suisse entraînerait donc forcément un risque de pression sur les salaires. Le salaire moyen dans notre pays est de plus de 7200 francs par mois (plein temps), contre un peu plus de 4000 francs chez nos voisins allemands et autrichiens. Dans l'Est de l'Union européenne (UE), les rémunérations sont encore nettement plus basses, se situant à un peu plus de 1000 francs par mois.

Les mêmes différences s'observent aussi au sein des corps de métiers. En Suisse, un artisan qualifié gagne en moyenne quelque 6200 francs par mois, en Allemagne 3700 francs et en Pologne seulement autour des 900 francs. Sans protection des salaires, même notre main-d'œuvre qualifiée risquerait de se retrouver à l'aide sociale.

Salaire mensuel moyen

(2014, en francs suisse, emploi à plein temps)

Suisse	7243
Luxembourg	5925
Norvège	5907
Danemark	5547
Belgique	4589
Suède	4502
Finlande	4491
Pays-Bas	4368
Autriche	4257
Allemagne	4110
Royaume-Uni	3948
France	3624
Italie	3465
Espagne	2750
Portugal	1737
République tchèque	1257
Pologne	1163
Roumanie	670
Bulgarie	578

Source : Eurostat ; CHF/EUR : 1,205

Protection des salaires : une promesse du Conseil fédéral

Les mesures d'accompagnement ont été introduites afin de protéger les salaires suisses. Elles résultaient de la principale leçon tirée après le rejet dans les urnes de l'adhésion à l'Espace économique européen (EEE) en 1992. Les électeurs et électrices en Suisse ne sont favorables à une ouverture vers l'UE qu'à la condition que les salaires et les conditions de travail soient protégés avec efficacité. Sous la pression des syndicats, la libre circulation des personnes a été assortie des mesures d'accompagnement. Lors de la première votation sur les Bilatérales, le Conseil fédéral avait donc promis au peuple une protection « contre le dumping social et salarial par une série de mesures d'accompagnement établies par les partenaires sociaux. »¹. Et le gouvernement a par la suite protégé les mesures d'accompagnement par des « lignes rouges » lors des négociations sur l'accord-cadre.

L'accord sur la libre circulation oblige aussi la Suisse à s'assurer que la main-d'œuvre étrangère touche bien des salaires suisses. L'article 1d précise que la Suisse doit « accorder les mêmes conditions de vie, d'emploi et de travail que celles accordées aux nationaux ». Les travailleurs et travailleuses de l'UE doivent être protégés en Suisse contre la sous-enchère salariale. À noter qu'un tiers des heures de travail effectuées en Suisse le sont par des personnes sans passeport helvétique.

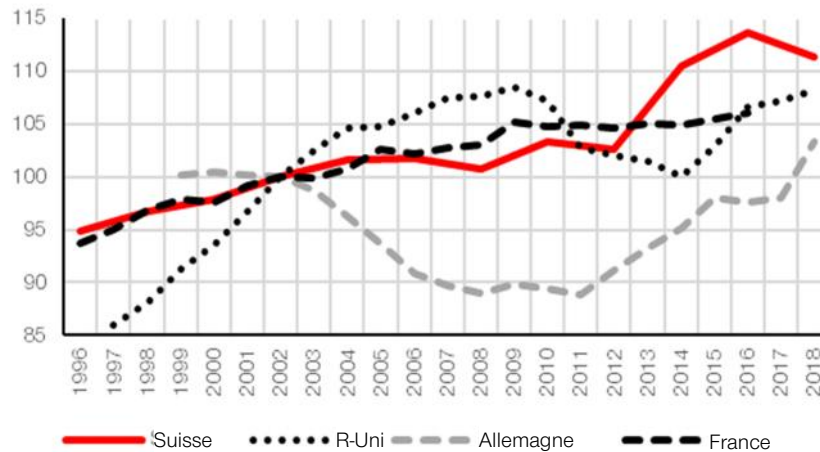
Raison pour laquelle l'UE n'avait d'ailleurs rien à objecter aux mesures suisses d'accompagnement lors de la signature des accords bilatéraux. Ces mesures n'étaient et ne sont toujours pas conçues de manière discriminatoire au sens de l'accord sur la libre circulation des personnes : toute personne qui travaille en Suisse doit toucher un salaire suisse, indépendamment de sa nationalité. La pression sur les mesures d'accompagnement n'est apparue que plus tard, lorsque la Commission européenne et la Cour de justice de l'UE (CJUE) ont tout d'un coup jugé l'accès au marché pour les entreprises plus important que la protection des salaires. Depuis 2007, la CJUE a condamné diverses mesures de protection des salaires comme étant illicites (cf. aussi plus loin).

Mesures d'accompagnement : une « success story »

Les dernières années ont clairement apporté la preuve que les mesures d'accompagnement représentent un outil très efficace contre la sous-enchère salariale et sociale. Grâce à elles, on a pu empêcher une chute des salaires dans les branches bien protégées. Et les bonnes conventions collectives de travail (CCT) ont permis d'augmenter les salaires bas et moyens. Tout le contraire du Royaume-Uni par exemple, où l'absence de mesures d'accompagnement – et la pression sur les salaires et les conditions de travail qui va avec – a malheureusement contribué à la décision de sortir de l'UE (Brexit).

¹ Livret explicatif du Conseil fédéral pour la votation populaire du 21 mai 2000, p. 11 : www.bk.admin.ch/dam/bk/fr/dokumente/Abstimmungsbaechlein/erlaeuterungen_desbundesrates21052000.pdf.download.pdf/explanations_du_conseilfederale21052000.pdf

Évolution des 10 % des salaires réels les plus bas (2002=100, premier décile)



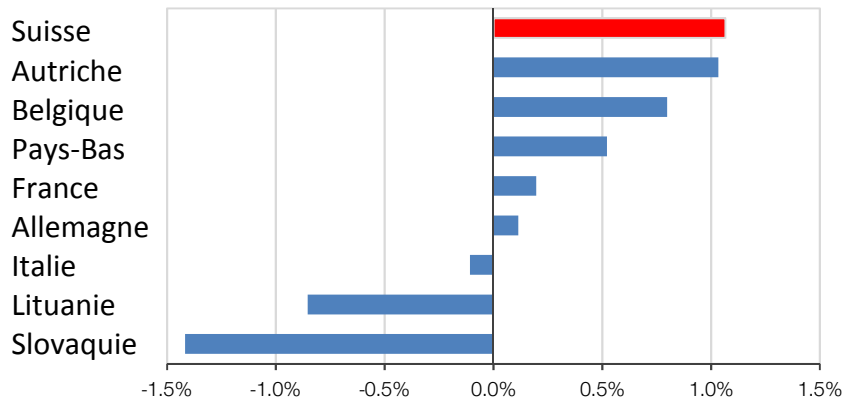
Aujourd'hui en Suisse, les salaires sont contrôlés dans environ 45 000 entreprises par an. Quelque 21 000 d'entre elles sont des sociétés étrangères. Dans presque un cas sur quatre, les contrôleurs et contrôleuses constatent que les salaires sont trop bas. Cela montre bien à quel point les mesures d'accompagnement sont nécessaires au quotidien. Et ce nombre ne reflète pas l'effet préventif des mesures d'accompagnement, car sans contrôles ni menaces d'amendes, les entreprises étrangères ne verraient aucune raison de verser des salaires suisses. L'étendue de la sous-enchère serait bien plus grande. Ces sociétés à plus bas salaires gagneraient très vite des grandes parts de marché. Conséquence : des salaires en baisse et un chômage croissant en Suisse. Dans les branches des arts et métiers, ce serait la catastrophe : avec des salaires beaucoup plus bas, plus personne ne voudrait y faire un apprentissage.

Pas un obstacle pour les entreprises étrangères qui jouent le jeu

Les entreprises étrangères qui respectent les lois et les conditions de travail suisses n'ont aucun problème avec les mesures d'accompagnement. Celles qui font de la sous-enchère, si. C'est d'ailleurs la finalité de ces mesures. Les exemples positifs dans la pratique, mais aussi les statistiques confirment que ces mesures ne sont pas une entrave supplémentaire pour les sociétés étrangères. La Suisse est un marché attractif pour les fournisseurs étrangers en raison du niveau élevé de revenu. Actuellement la main-d'œuvre détachée et indépendante venant de l'UE effectue plus de 2,5 millions de journées de travail par année en Suisse. Cela correspond à un volume de commandes de quelque deux milliards de francs. Dans aucun autre pays en Europe, les prestataires de services étrangers sont aussi nombreux qu'en Suisse (par rapport à la population résidente).

Travailleurs/travailleuses détachés et indépendants en 2017

(net, en pourcentage de la population résidente)



Source : Eurostat

Détachement de main-d'œuvre :

Une forme potentiellement précaire de migration et d'emploi

Problèmes d'application des salaires à l'étranger

En supprimant le statut de saisonnier et en améliorant des droits de séjour, la libre circulation des personnes a fait progresser la situation des salarié-e-s en Suisse. Mais parallèlement, elle a contribué au développement de nouvelles formes de travail, potentiellement précaires, en particulier le détachement de main-d'œuvre : les entreprises étrangères n'ont plus besoin d'une autorisation pour des travaux d'une durée de 90 jours maximum (détachements). À cela s'ajoute le fait que le travail temporaire est autorisé pour les titulaires de permis de courte durée. Ce n'est donc que grâce aux mesures suisses d'accompagnement que l'on peut limiter les conséquences négatives.

- Les entreprises de détachement sont des sociétés étrangères qui fournissent des services (construction, nettoyage, informatique etc.) dans le pays hôte. Leur personnel est engagé dans le pays d'origine, avec des salaires inférieurs à ceux pratiqués en Suisse. Les entreprises polonaises ont des contrats de travail polonais et des normes polonaises en matière de sécurité sociale, même si elles opèrent en Suisse.
- La Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) a une jurisprudence fournie sur le détachement de main-d'œuvre. En 1989, elle a statué que les détachements sont des prestations de services et non une forme de migration des travailleurs et travailleuses. Cette logique signifie que l'accès au marché pour les entreprises de détachement passe avant les prescriptions pour la protection des salarié-e-s dans le pays hôte. Depuis le milieu des années 2000, il y a eu de nombreux arrêts de la CJUE qui donnaient à l'accès au marché pour les entreprises la primauté sur la protection des salaires.
- Les syndicats ne peuvent pratiquement pas organiser les travailleuses et travailleurs détachés puisque les entreprises et leurs employé-e-s viennent temporairement d'un autre pays. Les entreprises vont et viennent.

L'UE connaît des problèmes importants en matière de détachement de main-d'œuvre. Formant une constellation défavorable, la Commission européenne, la Cour de justice de l'UE (CJUE) et

certains pays ont empêché jusqu'ici une protection efficace des travailleuses et travailleurs détachés et ont favorisé la sous-enchère et la pression sur les salaires. L'UE a fait – et fait encore – de petites avancées, mais le niveau de protection est encore bien loin des mesures d'accompagnement suisses. Un constat que confirme d'ailleurs la Confédération européenne des syndicats (CES).²

En Allemagne, cette pratique a par exemple suscité de gros problèmes dans le secteur du bâtiment et celui de la transformation de la viande. Les sociétés de construction et les abattoirs allemands ont engagé un grand nombre de sociétés étrangères comme sous-traitants bon marché, avec les problèmes de salaires et de conditions de travail qui en découlent. On a pu le constater aussi tout récemment avec la pandémie de COVID-19 : des abattoirs et des usines de transformation de la viande sont devenus des épicycles de la pandémie à cause des conditions de travail catastrophiques. Dans le secteur allemand du bâtiment, la proportion des sous-traitants a grimpé à 30 % (par rapport au coût total), dans l'industrie de la viande, elle monte à plus de 50 % et parfois jusqu'à 100 %.

Selon plusieurs analyses de la situation dans des pays de l'UE, le constat est clair : la protection des salaires lors de détachements dans l'UE doit être améliorée de façon significative.³ Une étude récente sur l'application des salaires en Allemagne arrive d'ailleurs à la même conclusion.⁴ Elle dénonce notamment le fait que l'État allemand a diminué le nombre de contrôles des salaires et que les amendes ne puissent pas être appliquées à l'étranger. Avec un certain désespoir, les auteur-e-s de l'étude demandent même, au vu de ces constats, s'il ne faudrait pas interdire les détachements.

La Commission européenne n'a réagi que récemment, et timidement, dans le contexte de la crise sanitaire du coronavirus. Elle a publié le 16 juillet 2020 une ligne directrice pour la protection des travailleuses et travailleurs transfrontaliers et saisonniers. Ce faisant, elle continue pour l'instant de laisser aux États membres la responsabilité d'appliquer cette protection et laisse de côté, là aussi, la main-d'œuvre détachée. Présenté dans le contexte de la crise sanitaire, le projet de loi du gouvernement allemand pour une « amélioration de l'exécution dans la protection du travail » représente au moins un pas dans la bonne direction : il vise à interdire dès le 1^{er} janvier 2021 l'emploi de travailleurs et travailleuses intérimaires avec des contrats de travail dits « d'entreprise » (*Werkverträge*) dans la transformation de la viande.⁵ Les employé-e-s en sous-traitance devront désormais être engagés directement. Les autorités allemandes ont également annoncé des contrôles plus fréquents et plus sévères ainsi que l'obligation de la saisie numérique du temps de travail dans la branche. Ces mesures ne s'appliquent certes pas directement à la main-d'œuvre détachée, mais elles constituent un signal fort et, indirectement, une confirmation de nos mesures d'accompagnement.

Le gouvernement français a, lui aussi, identifié des abus dans le domaine du détachement de main-d'œuvre sans filet social suffisant. Il a fait part de sa volonté d'agir contre la sous-enchère, notamment en augmentant le nombre de contrôles et en renforçant les sanctions éventuelles. De plus, le gouvernement d'Emmanuel Macron veut intervenir au niveau de l'UE pour que la facture sociale soit harmonisée au sein de l'Union. Concrètement, il veut compléter le principe du « même salaire

² www.etuc.org/en/document/etuc-statement-eu-swiss-partnership-agreement

³ Wagner, I. (2018): *Workers without Borders. Posted Work and Precarity in the EU*. Cornell University Press.

⁴ Bosch, G. et al. (2018): *Kontrolle und Durchsetzung von Mindestarbeitsbedingungen*, www.boeckler.de/pdf/p_foe_WP_095_2018.pdf.

⁵ dipbt.bundestag.de/dip21/brd/2020/0426-20.pdf

pour le même travail au même endroit » par « avec les mêmes cotisations sociales ». Dans les entreprises de l'Est de l'Europe qui travaillent dans les pays de l'Ouest de l'UE, les cotisations et les prestations sociales sont parfois jusqu'à 20 % inférieures. Avec ce changement de paradigme, elles perdraient le grand avantage concurrentiel qui leur est – ironie du sort – accordé par les principaux règlements européens relatifs à la coordination des systèmes de sécurité sociale.

Reste à voir comment la CJUE se positionnera par rapport aux réformes engagées en Allemagne ou en France. Il existe un risque que ces nouvelles réglementations puissent être annulées, comme cela a déjà été le cas pour l'Autriche (voir ci-dessous l'analyse de décisions de la CJUE en la matière).

Le présent accord-cadre menace les salaires et les emplois

Le résultat des négociations sur l'accord-cadre, tel que présenté aujourd'hui, met en jeu des éléments essentiels des mesures d'accompagnement. Mais ce n'est pas tout : en mettant en danger la protection des salaires, on arrivera tôt ou tard aussi à une remise en question des Bilatérales.

Reprendre les directives de l'UE sur la protection des salaires (directive d'exécution et sur le détachement) revient à démanteler sérieusement les mesures d'accompagnement. Les directives déterminent les instruments que les États peuvent utiliser pour la protection des salaires. Elles constituent la limite maximale de ce que les pays ont le droit de faire dans ce domaine. Des mesures plus étendues sont presque immédiatement soupçonnées de servir à entraver l'accès au marché pour les entreprises et par conséquent, à nuire au libre marché intérieur. La CJUE décide dans ces cas de la proportionnalité de la protection des salaires. Ses arrêts seraient à l'avenir déterminants aussi pour la Suisse.

Mais la CJUE se veut en quelque sorte un « moteur » du marché intérieur. Elle a tendance à vouloir faire disparaître les obstacles à l'accès libre au marché pour les entreprises, notamment par la mise en œuvre des « quatre libertés fondamentales »⁶. Une limitation de ces libertés n'est admise qu'à certaines conditions, très restreintes⁷. Depuis 2007, la CJUE a souvent conclu dans ses jugements que les règles de protection des salaires et des salarié-e-s étaient incompatibles avec le marché intérieur. Elle a régulièrement placé la liberté de l'entreprise d'offrir ses services au-dessus de la revendication des salarié-e-s de voir leurs droits protégés.

Même aujourd'hui, après la révision de la législation en la matière ainsi que de la directive sur le détachement de main-d'œuvre, la jurisprudence de la CJUE ne garantit pas une protection appropriée des employé-e-s et accorde systématiquement la priorité à la libre prestation des services. Rien que l'analyse de trois arrêts récents sur ce sujet confirme ce constat : Čepelnik C-33/1712 du 13 novembre 2018, Maksimovic (C-64/18) du 12 septembre 2019 et Dobersberger (C-6/18) du 19 décembre 2019 (voir annexe).

Tant la Confédération européenne des syndicats (CES) que des syndicats nationaux ont qualifié tous ces arrêts d'attaque contre les droits des salarié-e-s. De nombreux jugements ont été prononcés contre les mesures d'accompagnement en Autriche (affaire Čepelnik et Maksimovic ; dans le cas de l'affaire Dobersberger, l'Allemagne était aussi concernée).

⁶ Libre circulation des marchandises, des personnes, des capitaux, libre prestation des services.

⁷ La CJUE applique dans ce domaine un test de justification développé depuis l'entrée en vigueur du principe du Cassis-de-Dijon. Voir p. ex. Höpner, M. (2017): Grundfreiheiten als Liberalisierungsgebote?, MPIfG Discussion Paper 17/10, www.mpifg.de/people/mh/paper/Hopener2017GrundfreiheitenalsLiberalisierungsgebote.pdf.

Dans l'affaire Čepelnik, la CJUE a jugé une caution illicite, dans celle de Maksimovic, c'est le montant des amendes qui a été qualifié de « disproportionné ». Le jugement de l'affaire Dobersberger est (aussi connu sous le nom de « Henry am Zug », du nom d'un restaurateur sous-traitant hongrois) est particulièrement grave : le détachement y est tout simplement nié alors qu'il existait bel et bien. Cette décision de la CJUE doit être considérée comme une erreur de jugement flagrante et être qualifiée d'arbitraire.⁸

Les décisions de la CJUE des dernières années en matière de droit du travail, même les plus récentes, laissent transparaître le schéma suivant : pour le droit individuel du travail, la Cour s'est assez souvent prononcée en faveur des salarié-e-s (p.ex. contre la discrimination de certains salarié-e-s). Le droit collectif du travail (conventions collectives, droit de grève etc.) en revanche a été affaibli.⁹ Pourtant, c'est précisément le droit collectif du travail, avec ses conventions collectives, qui est indispensable pour assurer la protection des salaires et des conditions de travail.

Le raisonnement de la CJUE est contraire à l'approche suisse, qui préconise que l'accès non discriminatoire au marché et la protection des salaires et des conditions de travail sont sur pied d'égalité. Cette contradiction ne fait pas qu'affaiblir les mesures d'accompagnement d'une manière générale, elle induit aussi dans l'immédiat une série de problèmes concrets.

En Suisse, les normes minimales pour les salaires et les conditions de travail sont en grande partie fixées dans les conventions collectives de travail (CCT). Le respect de ces normes est contrôlé par des commissions paritaires, formées de représentant-e-s des employeurs et des syndicats. Des sanctions sont appliquées en cas d'infraction (peines conventionnelles). Ce mode de mise en application est unique en Europe. Aujourd'hui, le risque est grand de voir la Commission européenne ou la CJUE interdire toute ou une partie de cette pratique. La directive d'exécution de l'UE accorde aux partenaires sociaux une certaine participation lors de l'exécution des contrôles, mais seulement dans une mesure restreinte. En effet, le droit européen fait une distinction entre « exécution » (où une « participation » des partenaires sociaux est possible) et « contrôles ». Dans le cas des contrôles, tout porte à croire que seules des autorités étatiques auront le droit de « contrôler », selon l'art. 10, al. 1 de la directive d'exécution. Dans le système suisse, les contrôles dans les branches avec des CCT déclarées de force obligatoire ont été délégués aux commissions paritaires. Les partenaires sociaux n'y sont donc pas soumis à un rôle de subordination. Au contraire, ce sont souvent les partenaires sociaux qui assument des tâches étatiques de contrôle. Un tel rôle de premier plan des partenaires sociaux dans l'exécution du droit du détachement de main-d'œuvre n'existe nulle part dans l'UE et n'a jamais fait l'objet d'un examen juridictionnel. Dans ce contexte, il est très incertain que la CJUE autorise le système de contrôle suisse.

En outre, pour la CJUE, les contrôles doivent être « proportionnés » et « non discriminatoires ». Compte tenu de la réalité actuelle, la Suisse risquerait d'être mise sous pression sur ce sujet. D'une part, la fréquence des contrôles dans les entreprises de détachement est bien plus élevée que dans les entreprises suisses (qui, en revanche, font l'objet d'un examen beaucoup plus approfondi). D'autre part, pratiquement aucun autre pays ne fait autant de contrôles que la Suisse : chaque année, quelque 170 000 employeurs et employeuses sont contrôlés, contre environ 100 000 en Autriche. L'Allemagne et la France contrôlent nettement moins si l'on tient compte de la taille du marché du travail dans ces deux pays. Autre danger important : la pratique actuelle des

⁸ Voir comparaison des arrêts de la CJUE dans la liste en annexe.

⁹ Zimmer, R. (2015) : Soziale Grundrechte in der Europäischen Union, in : U. von Alemann, Ein soziales Europa ist möglich, Wiesbaden.

sanctions (sanctions administratives et peines conventionnelles dans les CCT) pourrait ne plus être acceptée.

Une part importante des mesures d'accompagnement (délai d'annonce de huit jours, caution) ne figure pas au catalogue de mesures prévues dans la directive d'exécution de l'UE. Du point de vue de la Commission européenne et de la CJUE, nos mesures d'accompagnement seraient dès lors illicites. Selon l'expertise de l'étude Prager Dreifuss pour la CER-N, même l'interdiction pour une entreprise d'offrir ses services serait menacée.¹⁰ Mais sans ces instruments, les salaires suisses ne pourraient plus s'imposer face à des entreprises malhonnêtes et éphémères venant de l'étranger (voir à ce sujet l'analyse détaillée de l'USS : www.uss.ch/fileadmin/user_upload/Dokumente/Broschueren_Buecher/Position_USS_FLAM_regle_8_jours.pdf).

Dans l'accord-cadre, la Commission européenne propose bien quelques exceptions, soumises à des conditions très restrictives (délai d'annonce de quatre jours, caution pour les récidivistes etc.). Mais celles-ci ne sauraient constituer un substitut valable à nos mesures d'accompagnement, loin s'en faut. Par exemple, la caution seulement pour les entreprises récidivistes n'aura aucun effet : les sociétés malhonnêtes et éphémères pourront simplement changer ou adapter leur nom et contourner ainsi la mesure. De plus, il faut du temps pour pouvoir vérifier si une société a déjà contrevenu aux normes salariales en Suisse par le passé. Le délai d'annonce raccourci à quatre jours est contraire à ce besoin. Par ailleurs, l'application de ces mesures n'est même pas laissée à la libre appréciation de la Suisse : l'accord exige une « analyse objective des risques » qui devra être révisée et mise à jour de façon périodique. Ceci augmente le risque que même ces mesures-là seraient tôt ou tard rejetées par le tribunal arbitral ou la CJUE.

Enfin, c'est le catalogue de mesures de la directive d'exécution de l'UE qui déterminerait à l'avenir quelles mesures d'accompagnement la Suisse peut édicter et lesquelles non. Il serait dès lors quasi impossible de prendre de nouvelles mesures d'accompagnement, même si le besoin était criant.

Aides d'État : un danger pour le service public, mais aussi pour les instances tripartites

En plus de l'affaiblissement considérable des mesures d'accompagnement, la question des aides d'État revêt un caractère hautement sensible politiquement. Le projet d'accord prévoit que les futurs accords bilatéraux seront soumis à un cadre très restrictif en la matière. La Commission de la concurrence ou une autre autorité nouvellement créée pourrait ainsi outrepasser des décisions démocratiques sous le couvert de la réglementation sur les aides d'État prévue dans l'accord-cadre. Cela ne concerne pas que le service public, mais également potentiellement des dispositifs paritaires ou tripartites dans les domaines de la formation professionnelle ou de la protection de la santé.

Ce risque est plus grave que beaucoup de personnes ne le pensent à l'heure actuelle, car le présent accord-cadre pourrait d'ores et déjà s'appliquer à l'accord de libre-échange : « Des dispositions transitoires seront prévues pour permettre aux comités mixtes respectifs (...) de recourir au tribunal arbitral de l'accord institutionnel » (Déclaration conjointe UE-Suisse sur les accords liés au commerce, point 8).

¹⁰ www.parlament.ch/centers/documents/de/rechtsgutachten-professor-philipp-zurkinder-teil-2.pdf.

Conclusion : l'USS rejette l'accord-cadre tel que présenté

L'USS rejette l'accord-cadre tel que présenté aujourd'hui. Il met en péril la protection des salaires et des emplois. La Suisse doit pouvoir protéger ses salaires de manière autonome. C'est d'ailleurs ce que le Conseil fédéral avait inscrit dans le mandat de négociation sur cet accord.

Annexe : remarques concernant les arrêts de la CJUE relatifs aux mesures d'accompagnement dans l'Union européenne

Affaire Čepelnik :

Dans ce jugement, la CJUE reconnaît certes formellement l'obligation de verser une caution comme un instrument pour empêcher la sous-enchère sociale. Mais dans le cadre de l'examen habituel et unilatéral de la proportionnalité, elle donne systématiquement la priorité à la libre prestation de services.

Conséquence : les obligations de caution s'en trouvent diluées et ne parviennent plus à empêcher réellement la sous-enchère sociale. Dans l'affaire Čepelnik, la CJUE ne permet par exemple pas qu'un « soupçon fondé » de violation des règles de santé et de sécurité au travail soit suffisant pour obliger le mandataire à verser une caution. Elle exige que « l'autorité compétente ait établi une infraction administrative qui indiquerait une fraude, en particulier une fraude sociale, un abus ou une pratique portant atteinte à la protection des employés ».

Mais les obligations de caution ont justement pour but de prévenir une violation des prescriptions en matière de santé et sécurité au travail avant qu'elle n'intervienne ou avant qu'elle ne soit définitivement évaluée comme telle par les autorités compétentes. Compte tenu de l'affaire Čepelnik, le risque est donc grand que l'obligation de caution selon la loi suisse sur les travailleurs détachés soit qualifiée de disproportionnée par la CJUE, même après des éventuelles adaptations par l'accord institutionnel.

Affaire Maksimovic :

Dans ce jugement, la CJUE reconnaît certes formellement les amendes pécuniaires comme un instrument pour empêcher la sous-enchère sociale. Mais, comme dans l'affaire Čepelnik, elle accorde une priorité excessive à la libre prestation de services, dans le cadre du « principe de proportionnalité » favorable aux employeurs et employeuses.

Ainsi, la CJUE juge non proportionnées les amendes minimales nationales, car cela pourrait avoir pour conséquence que « de telles sanctions sont prononcées dans des cas où il n'est pas établi que les faits reprochés présentent une gravité particulière ». La CJUE enlève ainsi aux États membres – qui sont les plus à même de connaître l'état de leur marché du travail – la possibilité de juger eux-mêmes à partir de quel montant une amende est suffisamment dissuasive ou efficace. Compte tenu de l'affaire Maksimovic, le risque est donc grand que les sanctions selon la loi suisse sur les travailleurs détachés soit qualifiée de disproportionnée par la CJUE.

Tant l'arrêt Čepelnik que l'arrêt Maksimovic reconnaissent sur le papier les instruments protecteurs de la loi sur les travailleurs détachés, mais les privent de leur efficacité dans le cadre d'un examen unilatéral de proportionnalité : les dispositions de la loi qui sont efficaces en théorie sont ainsi vidées de leur substance réelle.

Affaire Dobersberger («Henry am Zug»):

Dans ce cas, la CJUE justifie la non application de la directive 96/71/CE, et donc plus fondamentalement la non application du droit national de la protection du travail, par le fait qu'au-delà du texte de la directive, il faut désormais l'existence d'un « lien suffisant » des activités des employés détachés avec le pays d'accueil pour que la directive 96/71/CE s'applique.

La CJUE compare même l'emploi de salarié-e-s hongrois du wagon-restaurant circulant sur territoire autrichien avec le travail de montage ou d'installation, qui est n'est pas soumis à la directive sur le détachement de main-d'œuvre parce que considéré comme « prestations de très faible envergure ».

Le critère de « lien suffisant », nouvellement créé par la CJUE, a déjà suscité, à juste titre, des critiques dans la doctrine juridique suisse. Ainsi, le professeur Kurt Pärli, auteur de l'ouvrage de référence sur le droit suisse sur les travailleurs et travailleuses détachés, évoque-t-il une « justification un peu tirée par les cheveux ».¹¹

L'arrêt *Dobersberger* est donc emblématique de la volonté de la CJUE de laisser se déployer la libre prestation des services avec le moins de restrictions possibles, au détriment de la protection des employé-e-s. La nécessité d'un « lien suffisant » avec le pays d'accueil est un terme juridique flou, dont l'évolution future ne peut – et ne va – se faire qu'au détriment de la main-d'œuvre.

Conclusion

Les mesures d'accompagnement doivent permettre d'empêcher la sous-enchère sociale et d'assurer des salaires égaux. Si la CJUE reconnaît formellement ces objectifs, elle ne le fait pas dans sa pratique. On en veut pour preuve la conception de la sous-enchère sociale exposée par l'avocat général Maciej Szpunar dans l'arrêt *Dobersberger* : « Cependant, la nécessité de prévenir le « dumping social » ne peut être invoquée contre un prestataire de services qui ne fait qu'utiliser les possibilités offertes par le marché intérieur pour se procurer – et procurer à son client, le destinataire des services – un avantage économique. Après tout, le marché intérieur est sous-tendu par le principe de l'avantage comparatif. ».¹² Le principal avantage comparatif dont disposent les prestataires étrangers, ce sont des salaires plus bas. La CJUE suit les conclusions de ses avocats généraux dans 86 % des cas.¹³

¹¹ Kurt Pärli, *Besprechung des Urteils des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) vom 19. Dezember 2019, Rs. C-16/18, Dobersberger*, ECLI:EU:C:2019:1110, ARV 2020, S. 37.

¹² Conclusions de l'avocat général dans l'affaire C 16/18 *Dobersberger* Rz. 31.

¹³ www.faz.net/aktuell/politik/inland/wie-folgsam-ist-der-eugh-15330065.html