

Réflexions sur l'évolution récente de la liberté de circulation au sein de l'UE ⁽¹⁾

Par José Maria MIRANDA BOTO,
Professeur à l'Université de Saint-Jacques-de-Compostelle et
Marie-Cécile ESCANDE-VARNIOL, Maîtresse de conférences émérite,
Université Lumière Lyon 2, Cercriid (UMR 5137)

PLAN

I. Liberté de circulation des citoyens et des travailleurs en période de pandémie

- A. Des mesures ambivalentes pour les citoyens de l'Union
- B. Des mesures spécifiques pour les travailleurs transnationaux

II. Liberté de circulation et vie de famille, une conception autonome du couple

- A. Liberté de circulation confrontée au droit national, droit au retour pour les conjoints de même sexe
- B. Liberté de circulation et rites originaux, quel avenir ?

III. Liberté de circulation dans un monde numérisé

- A. Télétravail transfrontalier, circulation du service sans mobilité des personnes
- B. Travail transfrontalier par l'intermédiaire des plates-formes

En plus d'un demi-siècle d'existence, la liberté de circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne a été confrontée à de nombreux obstacles. Cependant, très peu ont été à l'échelle de la pandémie de Covid-19, qui a révélé des difficultés insoupçonnées. La présente chronique tente d'analyser les solutions mises en place face à ces difficultés. Les mesures sont frappées au sceau de l'ambivalence, entre restriction de la liberté de circulation et organisation du rétablissement de la libre circulation.

Ainsi, il faut saluer la réaction rapide de la Commission dans le domaine des normes juridiques non contraignantes dès le début de la pandémie pour maintenir malgré tout ce droit fondamental de l'UE. Son rôle a été d'autant plus déterminant que les instruments contraignants s'inscrivent dans un temps long et qu'il n'aurait pas été facile d'adopter un règlement ou une directive en cette période de crise. Tout d'abord, parce que l'on ne sait pas exactement quel aurait été leur contenu. Mais aussi parce que la partie était cruciale, le prix politique d'un échec d'une Commission nouvellement installée aurait été écrasant. Dans ce contexte, alors que le 11 mars 2020 l'OMS avait qualifié le Covid-19 de pandémie, dès le 16 mars, soit le lundi suivant, la Commission européenne a présenté ses « lignes directrices relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé publique et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels (2) ». Elles passent par des mesures ambivalentes telles que le « passeport Covid », ressenti comme une restriction mais issu d'un règlement visant à assurer la libre circulation.

Par ailleurs, l'apparition de la notion de professions critiques (ou métiers essentiels) a occupé une place importante et suscité des mesures particulières susceptibles d'être améliorées pour leur mise en œuvre effective.

Au-delà des questions sanitaires, la période récente a également vu l'adaptation de la législation existante aux nouveaux modèles familiaux, grâce en particulier à l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice sur les mariages homosexuels confrontée à certaines législations récalcitrantes lors de mobilités internationales des personnes concernées. On peut s'interroger sur la portée de ces décisions, qui pourraient à l'avenir être confrontées à des formes de mariages plus inattendues, dans la mesure où que la Cour de justice est compétente dès lors que les personnes font valoir leur liberté de circulation.

Enfin, la période a été propice au développement du télétravail numérique.

(1) Cette étude trouve son origine dans le colloque organisé par l'IETL et le Cercriid à Lyon, les 5 et 6 mars 2022, consacré à l'actualité de la mobilité internationale des travailleurs.

(2) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52020XC0316\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:52020XC0316(03))

Les confinements paraissent plus doux dans des cadres plus ensoleillés, poussant les travailleurs à passer les frontières de l'Union européenne (UE) avec leur ordinateur sous le bras, sans une conscience aiguë de la territorialité du droit. Parmi ces nouvelles formes de travail sans frontière, le travail par l'intermé-

diaire des plates-formes pose également son lot d'interrogations juridiques.

Ces trois pôles seront présentés ici successivement dans une perspective dynamique, s'interrogeant sur les leçons à en tirer et ce qui restera de ces décisions à l'avenir.

I. Liberté de circulation des citoyens et des travailleurs en période de pandémie

Rétrospectivement, les mesures prises en matière de libre circulation pendant la pandémie suscitent des sentiments partagés et critiques sur les actions des États membres. Il est inutile d'énumérer toutes les mesures restrictives adoptées à partir de mars 2020, il suffit de constater que le respect de la liberté de circulation transfrontalière a occupé une place secondaire dans les préoccupations des gouvernements nationaux. Ce qui importait à l'époque, c'était de fermer les frontières, ce qui se révéla inutile, face à un ennemi invisible et dévastateur qui se trouvait déjà à l'intérieur (3).

Cependant, parmi les mesures prises une fois passée la stupéfaction et le repli national, deux catégories ont eu un impact décisif sur le développement de la libre circulation et pourraient être reprises en cas de nouvelle pandémie. L'une concerne l'ensemble des citoyens et a accompagné la fin des confinements nationaux, la seconde porte sur la libre circulation des travailleurs pour qui des mesures immédiates et transitoires ont dû être adoptées dans l'urgence.

A. Des mesures ambivalentes pour les citoyens de l'Union

Depuis 2004, la directive 2004/38/CE contient des dispositions spécifiques pour les pandémies, qui échappaient souvent aux analyses académiques et aux enseignements de la discipline. L'article 29, qui fait référence à la santé publique, dispose dans son premier paragraphe que « *les seules maladies justifiant des mesures restrictives à la libre circulation sont les maladies potentiellement épidémiques telles que définies dans les instruments pertinents de l'Organisation mondiale de la santé* ».

Cette restriction est aussi vieille que la liberté de circulation elle-même puisqu'elle est apparue au cours de la période de transition qui a marqué le début de la mise en œuvre de cette liberté de circulation. En effet, l'article 4 de la directive 64/221/CEE du Conseil du 25 février 1964 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour, justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique prévoyait déjà un régime similaire au régime actuel. À l'époque, le règlement faisait expressément référence à la syphilis comme exemple. Mais dans son annexe A, il incluait, comme le règlement actuel, les « *maladies quaranténaires visées dans le règlement sanitaire international n° 2 du 25 mai 1951 de l'Organisation mondiale de la santé* ».

La possibilité d'imposer des limites à la libre circulation a par conséquent toujours existé. Mais elle n'avait jamais été généralisée par les États membres et n'avait jamais été examinée de quelque manière que ce soit par la Cour de justice. Toutefois, sa mise en œuvre effective dépendra à l'avenir d'une règle qui a dépassé les limites de la libre circulation des travailleurs et relève de la réglementation générale de la liberté de circulation des personnes.

Il s'agit du règlement (UE) 2021/953 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2021 relatif à un cadre pour la délivrance, la vérification et l'acceptation de certificats Covid-19 interopérables de vaccination, de test et de rétablissement (certificat Covid numérique de l'UE) afin de faciliter la libre circulation pendant la pandémie de Covid-19. Il s'agit de l'attestation désormais bien connue de tous, inscrite dans les portefeuilles et les téléphones portables des citoyens de l'UE, conditionnant l'accès aux bars, aux musées et aux salles de concert, entre

(3) « *The disintegration of free movement was particularly well illustrated in the case of Romanian seasonal workers, around 250 000 of whom in March 2020 had to return from EU Member States (Italy, France, Spain, Austria, and Germany, namely) to Romania after their employment ended. In this case, the termination of employment contracts, whose legality remains*

uncertain, affected workers' right to reside on the territory. » S. Robin-Olivier, « Free Movement of Workers in the Light of the Covid-19 Sanitary Crisis : From Restrictive Selection to Selective Mobility », *Europeanpapers.eu*, 2020, https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2020_1_019_Sophie_Robin_Olivier_00357.pdf

autres, mais aussi le passage des frontières. Bien que limitée dans le temps (4) et destinée à « faciliter » la libre circulation, une lecture *contrario sensu* de cette réglementation, permet d'esquisser les contours d'éventuelles futures restrictions.

Il convient tout d'abord d'attirer l'attention sur sa base juridique. Il s'agit de l'article 21 du TFUE, qui donne aux citoyens le droit de circuler et de séjourner librement dans les États membres (5). Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, il n'a servi de base juridique qu'à une demi-douzaine d'actes de l'Union. Avec l'avènement de la pandémie, il s'est révélé un outil législatif utile pour relever certains des défis posés par celle-ci. L'article étant régi par la procédure législative ordinaire, les possibilités de veto national sont exclues.

La disposition qui nous intéresse ici est l'article 5, paragraphe 5. Le premier paragraphe de cet article impose aux États membres l'obligation d'accepter les certificats de vaccination délivrés par d'autres États membres lors de l'établissement de ces tests afin de ne pas restreindre davantage la libre circulation. C'est la double face à la Janus des restrictions et des autorisations. Toutefois, l'obligation ne s'étend qu'au vaccin « pour lequel une autorisation de mise sur le marché a été délivrée en vertu du règlement (CE) n° 726/2004 ». C'est-à-dire pour les vaccins qui ont été approuvés par l'Agence européenne des médicaments (6).

Le deuxième paragraphe de la même disposition habilite, sans l'imposer, les États à accepter d'autres certificats de vaccination. Dans ce cas, le produit concerné est celui « pour lequel une autorisation de mise sur le marché a été délivrée par l'autorité compétente d'un État membre en vertu de la directive 2001/83/CE, un vaccin contre la Covid-19 dont la distribution a été autorisée temporairement en vertu de l'article 5, paragraphe 2, de ladite directive, ou un vaccin contre la Covid-19 pour lequel la procédure d'inscription sur la liste d'utilisation d'urgence de l'OMS est terminée ».

Le point le plus important de cet article réside dans la capacité donnée aux États de contrôler le franchissement de leurs frontières. L'articulation de ce règlement avec l'article 29 de la directive 2004/38/CE permet aux États d'empêcher les travailleurs de chercher à exercer leur liberté fondamentale de circuler avec un vaccin non reconnu par l'UE.

Ainsi, selon un rapport du Bundestag allemand (7), le vaccin Sputnik a été administré en Hongrie, en Slovaquie et à Saint-Marin. Tout État membre, très probablement l'Autriche, pourrait refuser l'entrée sur son territoire à une personne ayant reçu ce vaccin. Il n'y a pas de jurisprudence en la matière. De fait, une question hypothétique posée à titre préjudiciel aux juridictions de l'État membre de destination mettrait près d'un an et demi à être tranchée, sauf si, exceptionnellement, la Cour de justice avait recours à la procédure d'urgence. Il serait certainement souhaitable d'avoir une décision contentieuse de la Grande Chambre, qui établirait un critère clair, non seulement pour Sputnik, mais pour tous les autres produits pharmaceutiques qui pourraient se présenter à l'avenir. En attendant, on ne peut que spéculer. On peut néanmoins raisonnablement penser que la balance pencherait en faveur de la restriction.

Un groupe de travailleurs s'est trouvé particulièrement impacté par ces restrictions de circulation. Il s'agit des travailleurs détachés au titre de la directive 96/71/CE (8). Le libellé de l'article 29 de la directive 2004/38/CE fait uniquement référence à la liberté de circulation. Mais il ne faut pas oublier que la base juridique de la directive 2004/38/CE n'était pas seulement l'ancien article 40 du traité CE sur la libre circulation. Le législateur européen s'est fondé sur les articles 12, 18, 40, 44 et 52 du traité fondateur. Ceux-ci couvrent l'ensemble du spectre de la mobilité au sein de l'Union, « en vue de dépasser cette approche sectorielle et fragmentaire du droit de circuler et de séjourner librement », selon les termes du considérant 4. Il ne semble donc pas déraisonnable de soutenir que les restrictions

(4) Rapport de la Commission au Parlement européen et au Conseil présenté conformément à l'article 16, paragraphe 1, du règlement (UE) 2021/953 du Parlement européen et du Conseil relatif à un cadre pour la délivrance, la vérification et l'acceptation de certificats Covid-19 interopérables de vaccination, de test et de rétablissement (certificat Covid numérique de l'UE) afin de faciliter la libre circulation pendant la pandémie de COVID-19, COM (2021) 649 final : « Toute proposition de la Commission visant à proroger le règlement serait limitée dans le temps, l'objectif de cette dernière étant de revenir à une libre circulation sans restrictions dès que la situation épidémiologique le permettra. »

(5) C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, 6^e éd., Oxford University Press, 2019, p. 201.

(6) Pour la liste complète, voir : <https://www.ema.europa.eu/en/human-regulatory/overview/public-health-threats/coronavirus-disease-covid-19/treatments-vaccines/vaccines-covid-19/covid-19-vaccines-authorized#authorized-covid-19-vaccines-section>

(7) *Studien zu ausgewählten Impfstoffen gegen SARS-CoV-2*, <https://www.bundestag.de/resource/blob/831094/75c9257558c53b1c5ad3bfbdefeeb0b1/WD-9-118-20-pdf-data.pdf>

(8) Sur la situation de ce type de travailleurs lors de la pandémie, S. Stefanova-Behlert, M. Menghi « The impact of Covid-19 on posted workers : the new "posting framework" », European issues, Fondation Robert Schuman, n° 591, 2021, pp.1-8.

de l'article 29 peuvent également être étendues aux travailleurs détachés.

Finalement, la preuve de la vaccination a joué un rôle clé dans les limitations à libre circulation. L'exigence de PCR ou de tests similaires, en revanche, a été laissée à la discrétion des États, bien qu'il ne soit pas exclu qu'elle puisse constituer une prochaine étape de la réglementation européenne, si une éventuelle discrimination fondée sur la nationalité était détectée. L'utilisation exagérément asymétrique de ce type de technique, rend souhaitable une intervention législative pour mettre fin aux restrictions nationales arbitraires, et créer un système harmonisé facilitant le respect de la liberté de circulation.

Au-delà des travailleurs détachés, c'est l'ensemble des travailleurs, notamment frontaliers qui ont été impactés par les restrictions nationales et pour qui des mesures spéciales et urgentes ont dû être adoptées.

B. Des mesures spécifiques pour les travailleurs transnationaux

La notion de besoins essentiels est apparue dès le début de la pandémie, et avec elle, le maintien au travail d'un certain nombre de professionnels, dont certains ont une activité transnationale. C'est donc dès le 16 mars 2020 que la Commission européenne a présenté ses « *lignes directrices relatives aux mesures de gestion des frontières visant à protéger la santé publique et à garantir la disponibilité des biens et des services essentiels* (9) ». Au paragraphe 23, ces lignes disposent qu'« *il convient que les États membres autorisent et facilitent le passage des travailleurs frontaliers, en particulier, mais pas seulement, ceux qui travaillent dans le secteur des soins de santé et le secteur alimentaire ainsi que dans d'autres services essentiels (par exemple, les services de garde d'enfants, les soins aux personnes âgées, le personnel occupant une fonction critique pour les services d'utilité générale) afin de garantir la continuité de l'activité professionnelle* ».

Le 30 mars 2020, la Commission publiait une nouvelle communication (10), consacrée cette fois à un aspect beaucoup plus concret, les « *orientations pratiques pour assurer la libre circulation des travailleurs exerçant des professions critiques* ». Celles-ci répondaient à la demande formulée par le Conseil

européen dans sa déclaration commune du 26 mars et constituaient un développement des orientations précédentes. Comme on peut le constater, la terminologie avait muté vers des professions « critiques », inventant une nouvelle notion *ad hoc* dans le cadre de la libre circulation, autonome des définitions nationales.

Ces orientations pratiques contenaient, en premier lieu, une liste de « professions critiques ». Elle n'était pas exhaustive et les catégories suivaient la classification Esco, qui est la classification européenne multilingue des aptitudes, compétences, certifications et professions. Elle se trouve dans la section 2 des orientations et comprend, en résumé, la santé, la technologie, le transport (11) et l'approvisionnement, la protection et l'alimentation. La liste est diamétralement opposée aux propositions théoriques formulées par le « mouvement équitable » (12). Elle ne se fonde pas sur des qualifications élevées comme critère d'orientation, mais sur les besoins de la société, et pas nécessairement du marché.

Une fois la crise aiguë passée, il faut en tirer des conséquences pour l'avenir. D'après les lignes directrices, les travailleurs employés dans ces professions critiques doivent pouvoir bénéficier d'une liberté de mouvement sans restriction au passage des frontières. Si un État déclare un confinement sur son territoire, par exemple, les travailleurs résidant dans les États frontaliers sont touchés par cette mesure. Mais si des formes restreintes de travail sont autorisées, le critère des « professions critiques » peut entrer en vigueur, écartant toute discrimination sur la base de la résidence et de la nationalité.

La création de cette nouvelle catégorie est une bonne chose. C'est une réponse supranationale à un problème transnational. C'est la réalisation concrète de l'idée qui sous-tend le principe de subsidiarité : l'Union doit agir lorsque son action est plus efficace que celle des États. Seul un règlement commun peut établir une liste uniforme qui évite les perturbations liées au passage des frontières.

Les lignes directrices comprennent également un certain nombre de propositions relatives à la gestion du trafic frontalier et aux contrôles sanitaires pour permettre ces mouvements, ainsi que des disposi-

(9) [https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:2020XC0316\(03\)](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:2020XC0316(03))

(10) C (2020) 2051 final.

(11) Pas à vélo, d'ailleurs. L'approche « verte » n'a pas encore atteint ce stade.

(12) Voir C. Barnard et S. Fraser Butlin, « Free Movement vs. Fair Movement : Brexit and Managed Migration », *Common Market Law Review*, Wolters-Kluwer, 2018, pp. 203-226.

tions spécifiques pour les travailleurs saisonniers. La déclaration sur la mise en œuvre pratique de ces mesures est particulièrement intéressante : « *Le cas échéant, ces procédures peuvent par exemple prendre la forme de voies réservées à ces travailleurs à la frontière ou d'autocollants spécifiques reconnus par les États membres voisins, afin de faciliter l'accès de ces travailleurs au territoire de l'État membre d'emploi.* (13) »

Cette allusion à des vignettes n'est pas sans rappeler l'affaire Gottwald (14) : la Cour de justice s'était alors prononcée sur les mesures prises par des États concernant les vignettes pour la circulation des véhicules utilisés par les personnes handicapées. La Cour considère que « *le statut de citoyen de l'Union a vocation à être le statut fondamental des ressortissants des États membres permettant à ceux parmi ces derniers qui se trouvent dans la même situation d'obtenir, indépendamment de leur nationalité et sans préjudice des exceptions expressément prévues à cet égard, le même traitement juridique* ». Et que « *ces situations comprennent, notamment, celles relevant de l'exercice de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres conférée par l'article 18 CE* ». Cette jurisprudence est transposable à un hypothétique « laisser-passer vert » national permettant de franchir les frontières en cas de circonstances exceptionnelles.

Par la suite, alors que les États membres entamaient leur processus de desserrement des mesures restrictives, la Commission a de nouveau cherché à prendre les commandes du marché intérieur. Le 13 mai, elle a présenté sa stratégie globale pour la relance du tourisme et des transports à l'horizon 2020 (15) et au-delà, une approche commune pour rétablir la libre circulation et lever les restrictions aux frontières intérieures de l'UE de manière progressive et coordonnée (16), ainsi qu'un cadre pour soutenir le rétablissement progressif des

transports, en assurant la sécurité des passagers et du personnel (17), entre autres. Ces trois documents soulignent l'importance du secteur du tourisme en tant qu'élément clé de l'économie européenne et la nécessité de le relancer avec des garanties sanitaires appropriées. L'importance de l'emploi dans ce secteur a également été soulignée dans les trois documents.

Le travail saisonnier a fait, quant à lui, l'objet d'une attention particulière de la part de la Commission. En raison de sa nature même, il présente un intérêt particulier au niveau transnational (18). Il convient de rappeler que les travailleurs saisonniers ressortissant d'un État membre sont couverts par le régime général de la libre circulation. Par définition, le travailleur saisonnier est, selon la directive 2014/36/UE, « *un ressortissant de pays tiers qui conserve son lieu de résidence principal dans un pays tiers et séjourne légalement et temporairement sur le territoire d'un État membre pour exercer une activité soumise au rythme des saisons, sur la base d'un ou de plusieurs contrats de travail à durée déterminée, conclu(s) directement entre ce ressortissant de pays tiers et l'employeur établi dans ledit État membre* ». Ils ont leur propre régime, harmonisé par cette directive, parallèle à celui de la libre circulation des travailleurs, qui peut faire l'objet de mesures particulières (19).

Dans ses lignes directrices du 16 juillet 2020, la Commission a présenté des mesures spécifiques (20), qui soulignent l'importance de ce type de travail dans les secteurs du tourisme et de l'agroalimentaire. Le message aux États était clair. En période de pandémie, il est nécessaire de renforcer les contrôles sur les conditions de travail, de vie et, surtout, de logement de ces travailleurs. En matière de sécurité sociale, le texte insistait sur la nécessité d'être en possession du document A1. La partie la plus intéressante des lignes directrices

(13) S. Robin-Olivier, « Free Movement of Workers in the Light of the Covid-19 Sanitary Crisis : From Restrictive Selection to Selective Mobility », Europeanpapers.eu, 2020. https://www.europeanpapers.eu/en/system/files/pdf_version/EP_EF_2020_I_019_Sophie_Robin_Olivier_00357.pdf ; « *This should be kept in mind for future developments of free movement of workers* ». La Confédération européenne des syndicats s'est montrée plus sceptique : « *In fact risk having far reaching consequences to the detriment of working conditions of many transport workers* », ETUC note on Posted Workers and COVID-19 outbreak - updated 20 May 2020.pdf.

(14) CJUE, 30 avril 2009, aff. C-103/08, Arthur Gottwald contre Bezirkshauptmannschaft Bregenz.

(15) COM (2020) 550 final.

(16) C (2020) 3250 final.

(17) C (2020) 3139 final.

(18) Rapport « Attracting and protecting the rights of seasonal workers in the EU and United Kingdom » du European Migration Network, p. 32 : « *The Covid-19 pandemic has made the substantial reliance of several Member States on seasonal workers highly apparent. Some Member States suspended part or all of their normal activities with respect to the processing of applications by seasonal workers. Additionally, some Member States experienced labour shortages in sectors in which seasonal workers are typically active (e.g. agriculture)* », https://emn.ie/wp-content/uploads/2020/12/2020_eu_seasonal_workers_study_synthesis_report_en.pdf

(19) Un exemple en est le catalogue des mesures prises en Autriche à cet égard, analysées par L. Humer et A. Spiegelfeld, « Seasonal Workers from Third Countries in Austria », European Migration Network, 2020, p. 31, <https://www.emn.at/wp-content/uploads/2020/11/emn-national-report-2020-seasonal-workers-in-at.pdf>

(20) C (2020) 4813 final.

est toutefois le vaste catalogue d'initiatives à venir que la Commission a proposé, allant des études de terrain aux réunions avec les parties prenantes et aux actions de l'Autorité européenne du travail. Deux ans après, il est toujours difficile de connaître leur efficacité réelle.

Ce n'est qu'après l'été 2020 que l'Union européenne a adopté un texte qui se veut plus contraignant que les communications susmentionnées. C'est le 13 octobre 2020 que la recommandation (UE) 2020/1475 du Conseil relative à une approche coordonnée de la restriction de la libre circulation en réaction à la pandémie de Covid-19 a été adoptée. Il s'agit d'un texte qui envisage la libre circulation des citoyens en général, et dans lequel les aspects liés au travail ne jouent qu'un rôle mineur. Cela illustre clairement la transformation d'une liberté économique en un droit pour tous les citoyens européens. D'où l'insistance sur la nécessité de proportionnalité des restrictions, l'absence de toute discrimination fondée sur la nationalité et l'attention portée aux régions transfrontalières (21).

L'idée centrale dans le domaine du travail se retrouve dans le considérant 18 et s'inscrit dans la continuité de ce que la Commission préconise depuis mars 2020 : « Pour que les perturbations du marché intérieur et de la vie familiale soient limitées pendant la période de pandémie, il convient que les voyageurs ayant une fonction ou un besoin essentiel, comme les travailleurs salariés ou indépendants exerçant des professions critiques, les travailleurs transfrontaliers, les travailleurs du secteur des transports ou prestataires de services de transport, les

gens de mer et les personnes voyageant pour des raisons professionnelles ou familiales impérieuses, y compris les membres de familles transfrontalières qui se déplacent régulièrement, ne doivent pas être soumis à une quarantaine. » Cette liste a été reprise, avec quelques variantes, au point 19. La seule mesure proposée était l'exemption de quarantaine. Cela semble modeste, mais aucune autre intervention n'était concevable à l'époque.

Quelle leçon en tirer pour le futur ? Bien que le Covid-19 ne semble pas près de disparaître, le temps est venu de transformer toute cette réglementation *soft* en un règlement complémentaire au règlement (UE) n° 492/2011. L'utilisation de cet outil législatif permettrait d'éviter les retards inutiles qui pourraient résulter d'une transposition lente. Et elle créerait un régime unique, clair et transparent dans tous les États membres.

Il semble opportun en effet, de développer les mesures nécessaires pour qu'en cas de résurgence de cette pandémie ou de pandémies futures le travail transfrontalier ne soit pas interrompu (22). Des vignettes, des capteurs ou des applications devraient être créés pour garantir le passage dans les « voies vertes » mentionnées. Le droit communautaire dispose des outils nécessaires pour consolider des mesures concrètes. Il est le seul capable d'imposer des mesures transnationales de cette nature. Le passeport Covid-19 est l'exemple le plus clair de la manière dont l'Union peut agir à cet égard.

D'autres domaines, moins visibles pour les non-initiés, ont donné lieu à des évolutions remarquables au cours de la même période.

II. Liberté de circulation et vie de famille, une conception autonome du couple

L'un des aspects qui révèle la vision politique qui sous-tendait à l'origine la libre circulation est l'attention particulière portée aux membres de la

famille des travailleurs. Contrairement aux modèles existants, qui conduisaient essentiellement à l'éclatement des cellules familiales par la migration, le

(21) Ce texte a été complété par la recommandation (UE) 2020/1632 du Conseil du 30 octobre 2020 relative à une approche coordonnée de la restriction de la libre circulation en réaction à la pandémie de Covid-19 dans l'espace Schengen.

(22) À cet égard, il a été déclaré dans la résolution du Parlement européen du 20 mai 2021 (« Rapport sur l'incidence de la réglementation de l'Union sur la libre circulation des travailleurs et des services : la mobilité de la main-d'œuvre au sein de l'Union, un instrument pour faire coïncider besoins du marché du travail et compétences », 2020/2007 [INI]), que le Parlement « invite les États membres à appliquer toutes les recommandations de la Commission concernant l'adoption,

la coordination et la levée des mesures liées à la pandémie de Covid-19 ; invite en outre les États membres à établir un protocole sanitaire commun pour les travailleurs mobiles, y compris les travailleurs frontaliers et transfrontaliers, en tenant compte des lignes directrices du Centre européen de prévention des maladies (ECDC) ; souligne que la santé et la sécurité de tous les travailleurs et le respect des droits fondamentaux, y compris l'égalité de traitement entre les travailleurs locaux et les travailleurs mobiles, devraient être les principes directeurs de toute mesure prise dans le contexte de la crise et de la reprise, et qu'il convient, dans le même temps, de reconnaître la vulnérabilité particulière des travailleurs frontaliers, détachés, saisonniers et transfrontaliers et des autres travailleurs mobiles à la pandémie de Covid-19 et à ses répercussions ».

droit communautaire a cherché dès l'origine à lui accorder des avantages notables. Ainsi par exemple, dans le domaine de la sécurité sociale, l'égalité de traitement, indépendamment de la résidence des membres de la famille concernés, a été une priorité dès le départ.

Dans le domaine de la libre circulation, l'article 11 du règlement initial n° 15 de 1961 a établi le droit du conjoint et des descendants du travailleur de s'établir avec lui dans l'État choisi. De là, il a été transféré à l'article 2 de la directive 2004/38/CE, avec des références progressivement plus nombreuses aux composantes de l'unité familiale. Au cours de toutes ces années, l'interprétation du terme « conjoint » n'a fait l'objet que d'une seule décision préjudicielle, l'affaire *Coman* (23). La constance de sa doctrine dans le contexte politico-juridique actuel de l'Union européenne mérite que l'on s'y arrête, tant pour sa portée actuelle que pour les questions potentielles qu'elle suscite.

A. Liberté de circulation confrontée au droit national, droit au retour pour les conjoints de même sexe

L'affaire *Coman* (24) a donné lieu à un arrêt de la Grande Chambre, avec des observations des gouvernements de la Roumanie, de la Lettonie, de la Hongrie, des Pays-Bas et de la Pologne, ainsi que de la Commission européenne. Comme on peut le constater, l'affaire a suscité un intérêt considérable dans les pays d'Europe centrale et de l'Est. Le point de départ de la décision préjudicielle était précisément la directive 2004/38/CE, qui accorde, dans ce cas, un droit de séjour dérivé aux membres de la famille d'un citoyen communautaire qui n'ont pas ce statut. Le point de départ était le Code civil roumain, qui prévoit que « *les mariages entre personnes de même sexe conclus ou contractés à l'étranger par des citoyens roumains ou par des étrangers ne sont pas reconnus en Roumanie* ».

M. Coman était un ressortissant roumain, marié selon la loi belge à M. Hamilton, un Américain. Lorsqu'ils ont consulté les conditions de résidence en Roumanie, la réponse qu'ils ont reçue était très restrictive, niant toute valeur à leur mariage. Cette décision a été contestée comme étant discriminatoire en raison de l'orientation sexuelle et contraire à la liberté de circulation, et la procédure judiciaire roumaine s'est terminée devant la Cour constitutionnelle, qui a renvoyé l'affaire pour décision préjudicielle.

Le début de l'arrêt ne pouvait pas être plus décourageant pour les prétentions du couple : « *Il résulte d'une interprétation littérale, systématique et téléologique des dispositions de la directive 2004/38/CE que celle-ci régit uniquement les conditions d'entrée et de séjour d'un citoyen de l'Union dans les États membres autres que celui dont il a la nationalité et qu'elle ne permet pas de fonder un droit de séjour dérivé en faveur des ressortissants d'un État tiers, membres de la famille d'un citoyen de l'Union, dans l'État membre dont celui-ci possède la nationalité.* »

Consciente de cette limite, la Cour, sans que cela lui soit demandé, a placé le litige dans le champ d'application de l'article 21 TFUE : « *L'effet utile des droits que le citoyen de l'Union concerné tire de l'article 21, paragraphe 1, TFUE exige que la vie de famille que ce citoyen a menée dans ledit État membre puisse être poursuivie lors de son retour dans l'État membre dont il possède la nationalité, par l'octroi d'un droit de séjour dérivé au membre de la famille concerné, ressortissant d'un État tiers.* » Cela étant, elle pouvait commencer l'examen des questions préjudicielles, puisqu'il y a eu une cohabitation antérieure en Belgique.

La Cour confirme sa position : « *Il convient de souligner, tout d'abord, que la notion de "conjoint", au sens de la directive 2004/38, est neutre du point de vue du genre et est donc susceptible d'englober le conjoint de même sexe du citoyen de l'Union concerné.* » Il convient de souligner ici la capacité de la Cour à actualiser une règle par rapport à la volonté initiale du législateur. On peut penser qu'en 2004 la directive incluait déjà cette approche, alors que seuls les Pays-Bas et la Belgique autorisaient le mariage entre personnes de même sexe.

Le raisonnement suivant était également d'une finesse remarquable. Si l'article 2.2.b, renvoie expressément à la législation nationale pour déterminer ce qu'est un « membre de la famille » dans le cas des couples non mariés, le silence de l'article 2.2.a, concernant le conjoint, implique que la législation nationale ne peut faire obstacle à l'interprétation libre de la CJUE.

Cependant, on peut se demander comment cela s'articule avec les compétences exclusives des États membres en matière d'état civil. Pour la Cour, au-delà de cette exclusivité, il y a la nécessité de respecter le droit de l'Union dans l'exercice des compétences, un de ses arguments classiques. Le

(23) CJUE, 5 juin 2018 aff. C-673/16, Relu Adrian Coman et autres contre Inspectoratul General pentru Imigrări et Ministerul Afacerilor Interne.

(24) L. Usunier, « Libre circulation des personnes et reconnaissance mutuelle des situations familiales », *RTD civ.*, 2018, p. 858.

refus d'un État de reconnaître un mariage valide dans un autre État créerait une asymétrie intolérable dans la liberté de circulation. Dans le cas concret, il priverait un citoyen de la possibilité de retourner dans son État d'origine en respectant ses choix personnels en matière de vie familiale.

Un dernier obstacle restait à franchir : des considérations objectives justifiant la mesure restrictive, appliquées de manière proportionnée. Plusieurs gouvernements (il est facile d'imaginer que c'est le cas de tous, sauf les Pays-Bas) ont souligné la volonté de certains États de préserver le mariage comme une union entre un homme et une femme, le gouvernement letton ajoutant l'ordre public et l'identité nationale à l'arsenal des motifs de refus. Les arguments des Baltes ont été rapidement rejetés : l'UE respecte l'identité nationale (sans autre explication) et l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave à l'égard d'un intérêt fondamental de la société. Selon la Cour, le fait de reconnaître ce qui se passe à l'étranger, sans modifier en quoi que ce soit les régimes nationaux, est sans effet sur la configuration des mariages dans ces États.

Curieusement, la Cour de justice a utilisé un élément tout à fait inhabituel dans sa pratique ordinaire pour renforcer son argumentation : « *Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme que la relation entretenue par un couple homosexuel est susceptible de relever de la notion de "vie privée" ainsi que de celle de "vie familiale" au même titre que celle d'un couple de sexe opposé se trouvant dans la même situation.* » Les obstacles étant ainsi surmontés, la Cour a estimé que l'action de la Roumanie était contraire au droit à la libre circulation des personnes. Les conséquences pratiques de cette mesure étaient qu'un conjoint de même sexe avait le droit de résider dans l'État, sous réserve de conditions qui ne pouvaient pas être plus strictes que celles exigées pour un conjoint de sexe différent en vertu de la directive 2004/38/CE.

Le plus récent arrêt *V.M.A.* (25) va dans le même sens. En effet, celui-ci a reconnu le devoir des États membres de délivrer les documents prévus par la directive 2004/38/CE, indépendamment du fait que les parents de l'enfant demandeur soient ou non du

même sexe. Les citations de l'affaire *Coman* sont abondantes et le rapporteur des deux affaires était le même. Il ne semble pas déraisonnable de dire qu'il existe une ligne claire de défense par la Cour des modèles familiaux construits sur la cohabitation entre personnes de même sexe.

À l'époque, l'affaire *Coman* a été presque unanimement saluée comme un triomphe de l'Europe occidentale « moderne », comme ce fut le cas de l'arrêt *V.M.A.* Cependant, à l'avenir, elles pourraient devenir des victoires à la Pyrrhus et la source d'un nouveau défi, notamment polonais, lancé à l'Union européenne. En effet, par un arrêt K-3/21 du 7 octobre 2021, le Tribunal constitutionnel polonais a acquis une réputation douteuse (26). Il a déclaré que l'obligation judiciaire d'écartier le droit national sur la base de la primauté du droit de l'Union européenne est contraire à la *magna carta* polonaise.

En effet, dans son article 18, la Constitution dispose que « *la République de Pologne sauvegarde et protège le mariage en tant qu'union de la femme et de l'homme* ». Il est facile de prédire quelle sera l'issue d'une tentative d'application de la doctrine *Coman* par un juge polonais. Un nouvel affrontement se profile à l'horizon, qui pourrait être provoqué intentionnellement par des personnes ayant un intérêt réel et légitime dans cette affaire ou par des plaideurs stratégiques désireux de secouer les relations entre la Commission et la Pologne (27).

B. Liberté de circulation et rites originaux, quel avenir ?

D'autres vicissitudes hypothétiques sur la voie de la libre circulation pourraient provenir de ce que l'on appelle à juste titre des « rites originaux ». Tous les États membres de l'UE prescrivent dans leur législation les formes de mariage appropriées, mais dans beaucoup d'entre eux des gens insistent pour se marier selon des rites qui ne font pas partie de ces normes. En conséquence de ces décisions, par plaisanterie ou en toute conscience, il se produit parfois des épisodes juridictionnels qui provoquent des effets non prévus par la norme.

L'exemple le plus pittoresque est probablement le pastafarisme, ou Église du Monstre en spaghettis

(25) CJUE, 14 décembre 2021 aff. C-490/20, *V.M.A.* et *Stolichna obshtina*, rayon « Pancharevo » ; S. Clavel et F. Jault-Seseke, « Droit international privé », *D.*, 2022, p. 915.

(26) <https://trybunal.gov.pl/en/hearings/judgments/art/11662-ocena-zgodnosci-z-konstytucja-rp-wybranych-przepisow-traktatu-o-unii-europejskiej> (en anglais) ; T. Douville et H. Gaudin, « La décision du Tribunal constitutionnel polonais du 7 octobre 2021 dans l'affaire K 3/21 », *D.*, 2021, p. 2304.

(27) Il faut rappeler que l'arrêt *Weiss* de la Cour constitutionnelle allemande du 5 mai 2020, par lequel Karlsruhe a défié le Luxembourg, a été promu par un groupe de plaideurs eurosceptiques, dont l'un des fondateurs du parti d'extrême droite AfD, Bernd Lucke. Ce sont globalement les mêmes personnes qui avaient cherché à faire annuler le programme d'achats de titres publics sur le marché secondaire par la Banque centrale européenne dans le cadre du renvoi préjudiciel *Weiss*, tranché par l'arrêt du 11 décembre 2018.

volant, dont les pratiques ne seront pas abordées ici. D'une manière générale, ces rites n'ont aucune reconnaissance juridique. Mais certaines décisions administratives et judiciaires nationales ont autorisé leurs adeptes à porter un égouttoir à pâtes sur la tête ou un foulard de pirate sur les photos de documents officiels, en tant qu'expression religieuse. Le cas le plus connu est celui de l'activiste autrichien Niko Alm.

Par ailleurs, et cela ouvre la voie à une atteinte à la liberté de circulation, en avril 2016, un juge néo-zélandais a autorisé un mariage selon ce rite. L'un des mariés avait la nationalité britannique, tandis que son épouse était néo-zélandaise. Les faits relèvent clairement du champ d'application de la directive 2004/38/CE au moment où le mariage a eu lieu. Que se passera-t-il s'ils déménagent dans un État membre et invoquent les droits de séjour appropriés ?

La Cour européenne des droits de l'homme s'est d'ores et déjà prononcée sur cette croyance. En ce qui concerne le droit de porter un égouttoir sur la tête pour une photo de permis de conduire, la Cour, dans son arrêt du 2 décembre 2021 (28), a établi de manière incontestable que le pastafarisme ne peut être considéré comme une religion protégée par la Convention européenne des droits de l'homme. Le manque de sérieux qui caractérise le mouvement, célèbre pour sa corrélation entre le déclin du nombre de pirates et le réchauffement climatique, le disqualifie.

Que pourrait-il se passer dans le cas où un rite original arriverait devant la Cour de justice par une question préjudicielle ? Le départ du Royaume-Uni a diminué a priori le pourcentage d'excentriques dans l'UE, mais les Pays-Bas restent en lice. En tout état de cause, il ne semble pas risqué de s'aventurer à pronostiquer que la Cour de l'UE suivra les traces de la Cour de Strasbourg et refusera l'effectivité d'un mariage célébré selon un rite de ce qui n'est pas une religion reconnue en tant que telle.

Au-delà de l'anecdote, des situations plus sérieuses peuvent se présenter. Le mariage selon le rite gitan par exemple, est à l'origine de décisions

judiciaires contradictoires en Espagne. L'arrêt de 2009 de la Cour européenne des droits de l'homme *Muñoz Díaz* (29), qui a condamné l'Espagne pour ne pas avoir reconnu les pensions de réversion issues de ces mariages, constitue une étape importante. Elle a été suivie de diverses décisions internes de nature très variée, dans un parcours dont le dernier épisode pertinent a été l'arrêt de la Cour constitutionnelle 1/2021 (30). Bien que ce dernier rejette la demande de bénéficier de cette prestation, l'opinion dissidente « *très bien argumentée* » (31) du juge Xiol Ríos soulève des arguments très pertinents sur la possible nature discriminatoire du refus.

Si cette ligne dissidente devait être suivie à l'avenir, une figure parallèle au système juridique relèverait du champ d'application de la libre circulation et également du règlement de sécurité sociale. Jusqu'à présent, l'Union s'est surtout souciée de l'âge précoce du mariage des femmes de cette ethnie (32). Mais compte tenu de la nature sexuée évidente des conséquences de ces mariages, une étape supplémentaire ne peut être exclue. Les exemples présentés, par plaisanterie ou sérieusement, doivent inciter la Commission européenne à réfléchir à ces modèles alternatifs de cohabitation et à la manière dont ils peuvent s'intégrer dans la réglementation existante.

Un autre aspect qui n'a jamais été examiné par la Cour de justice est la place de la polygamie dans la directive 2004/38/CE ou dans le règlement (CE) n° 833/2004. À première vue, on pourrait dire que ce n'est pas un problème pertinent, puisque la notion de politique publique empêche toute implication possible. Un examen plus approfondi conduit à considérer les contours flous de l'ordre public dans le droit de l'Union européenne (33) et à la découverte que l'ancien Tribunal de la fonction publique s'est autrefois prononcé sur la question, dans un cas étonnant de polyandrie.

En effet, l'arrêt *Mandt* (34) a reconnu le statut de survivant à deux hommes qui avaient été mariés à la même fonctionnaire du Parlement européen. Le nœud du problème provenait de la non-reconnaissance par les autorités allemandes de son divorce

(28) <https://hudoc.echr.coe.int/eng#%7B%22itemid%22:%5B%22001-214084%22%5D%7D>

(29) CEDH, 8 décembre 2019, n° 49151/207, affaire *Muñoz Díaz* c. Espagne.

(30) Cour constitutionnelle espagnole 1/2021 du 25 janvier 2021.

(31) E. Rojo Torrecilla, « El matrimonio gitano no permite el acceso a la pensión de viudedad según el TC. ¿Existe discriminación ? », *Revista de Jurisprudencia Laboral (R JL)*, BOE, 3, 2021.

(32) Agence des droits fondamentaux de l'Union européenne, « Second European Union Minorities and Discrimination Survey Roma women in nine EU Member States », https://fra.europa.eu/sites/default/files/fra_uploads/fra-2019-eu-minorities-survey-roma-women_en.pdf

(33) A. Jeaneau, *L'Ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2019.

(34) Tribunal de la fonction publique de l'UE, 1^{er} juillet 2010 (aff. F-45/07, Wolfgang Mandt contre Parlement européen).

avec son premier conjoint, ce qui l'a amenée à se marier une seconde fois aux États-Unis. Les mariages n'étaient donc pas successifs, mais concomitants, en toute mauvaise foi. Cette situation ne correspond pas exactement à celle qui résulte d'ordinaire de la polygamie, mais il s'agit bien d'un scénario où une pension de réversion a été divisée entre deux hommes ayant des liens conjugaux simultanés avec la même femme.

Cette question n'aurait pas beaucoup d'intérêt si ce n'est que les systèmes juridiques d'au moins deux États membres de l'UE réglementent les situations de polygamie dans le domaine de la sécurité sociale. Le premier d'entre eux est la France qui, à l'article 31 de sa convention générale de sécurité sociale avec le Maroc (35), prévoit la répartition des pensions de réversion entre plusieurs épouses survivantes (36).

L'autre État membre est l'Espagne. L'article 23 de la convention de sécurité sociale entre l'Espagne et le Maroc du 8 novembre 1979 prévoit que la pension de réversion versée à un travailleur marocain est répartie, le cas échéant, de manière égale et définitive entre celles qui, selon la législation marocaine, sont les bénéficiaires de cette prestation.

Si nous ajoutons à cette reconnaissance interne un élément de mobilité au sein de l'Union européenne, le problème prend de l'importance. On ne peut oublier que l'arrêt *Gottardo* (37) a établi que « lorsqu'un État membre conclut avec un pays tiers une convention internationale bilatérale de sécurité sociale, prévoyant la prise en compte des périodes d'assurance accomplies dans ledit pays tiers pour l'acquisition du droit à prestations de vieillesse, le principe fondamental d'égalité de traitement impose à cet État membre d'accorder aux ressortissants des autres États membres les mêmes avantages que ceux dont bénéficient ses propres ressortissants en vertu de ladite convention, à moins qu'il ne puisse avancer une justification objective à son refus ».

En vertu de cette jurisprudence, en substituant le calcul au prorata entre les veuves, le champ d'application des deux accords ci-dessus mentionnés peut être très considérablement élargi. Il n'est pas difficile d'imaginer le cas d'un citoyen allemand, naturalisé marocain selon l'article 13 du Code de la nationalité marocaine, qui contracte un second mariage simultané au Maroc, après avoir travaillé en Allemagne et en Espagne. Que se passera-t-il à son décès avec la pension de réversion générée selon le premier système juridique ?

Cet exemple peut paraître improbable, même dans le domaine de la sécurité sociale. Mais il vise à attirer l'attention sur le fait qu'il existe une faille par laquelle la polygamie peut être introduite dans le mécanisme de la liberté de circulation, là où il n'existe pas de traité international. L'enfant d'une mère allemande et d'un père marocain a la double nationalité selon l'article 4 de la *Staatsangehörigkeitsgesetz*. Il est donc couvert par le Code marocain précité. Il pourrait se marier une seconde fois au Maroc et revenir ensuite dans un État membre de l'Union européenne avec deux épouses. Que se passera-t-il si l'affaire est portée devant la Cour de justice, celle-ci appliquera-t-elle la doctrine *Coman* ?

En tout état de cause, il appartiendra à la Cour de décider d'ouvrir la porte à la bigamie, ce qui semble peu probable. Il est plus plausible de penser que, dans la formation d'une Grande Chambre à la demande de l'État membre concerné, l'arrêt considérerait, au nom de l'ordre public, que la bigamie n'est autorisée dans aucun État membre et qu'il est donc dans la tradition de tous les États membres de la rejeter. De cette manière, des progrès pourraient être réalisés dans la construction jurisprudentielle de la notion d'ordre public européen. Mais tout cela n'est pour l'heure que pure spéculation.

En revanche, la numérisation galopante, favorisée par la pandémie, met aussi en cause les fondements de la liberté de circulation, au présent et au futur.

III. Liberté de circulation dans un monde numérisé

La libre circulation des travailleurs a été conçue dans un monde industriel marqué par les mouvements de personnes et le travail physique. L'évolution des moyens de production résultant de l'avancée des technologies de l'information a

conduit à l'émergence de nouvelles situations pour lesquelles les règles sont inadaptées. Il ne s'agit plus vraiment des droits attachés à la libre circulation, mais des conséquences sur le droit applicable que leur exercice peut entraîner. Les deux principaux

(35) https://www.cleiss.fr/pdf/conv_maroc.pdf

(36) Selon les articles 39 et suivants du Code marocain de la famille, seul un homme peut avoir deux épouses.

(37) CJUE, 15 janvier 2002 aff. C-55/00, Elide Gottardo c. Istituto nazionale della previdenza sociale.

défis à relever ici sont le fonctionnement transnational des plates-formes numériques et le télétravail transfrontalier, qu'il s'effectue ou non par le biais de plates-formes.

A. Télétravail transfrontalier, circulation du service sans mobilité des personnes

Le défi majeur pour l'avenir vient, probablement, du télétravail transfrontalier. Dans l'affaire *Hartmann* (38), la Cour a déclaré qu'« un ressortissant d'un État membre qui, tout en maintenant son emploi dans cet État, a transféré son domicile vers un autre État membre et exerce, depuis, sa profession en tant que travailleur frontalier peut se prévaloir du statut de "travailleur migrant" ». Quelle est la validité de cette doctrine lorsque l'activité professionnelle n'est plus exercée en tant que travailleur frontalier mais plutôt comme télétravailleur ? Il ne devrait pas y avoir d'obstacle à continuer de reconnaître la validité de la déclaration ci-dessus, en principe. Cependant, le scénario juridique après le franchissement de frontières est complexe, à un premier niveau en termes de droit applicable (39), et à un second niveau, plus pratique, en termes d'organisation du travail.

Le considérant 16 du règlement (CE) n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles indique qu'« afin de contribuer à l'objectif général du présent règlement qu'est la sécurité juridique dans l'espace de justice européen, les règles de conflit de lois devraient présenter un haut degré de prévisibilité ». À cela s'ajoute la déclaration du considérant 23 : « s'agissant des contrats conclus avec des parties considérées comme plus faibles, celles-ci devraient être protégées par des règles de conflit de lois plus favorables à leurs intérêts que ne le sont les règles générales. ».

En lisant ces deux déclarations ensemble, avant d'entrer dans l'analyse des articles, il est possible d'affirmer que, même dans le domaine du télétravail, il devrait y avoir une grande certitude quant à la loi qui s'appliquera au télétravailleur et il ne devrait pas être possible de compromettre cette certitude dans l'intérêt de l'employeur.

D'un point de vue théorique, il est facile de concevoir deux possibilités de télétravail transfrontalier : le télétravail concerté et le télétravail imposé par l'entreprise. Le premier cas est facilement conciliable avec l'article 8, paragraphe 1, du règlement. Il correspond, dans la plupart des cas, à un travailleur hautement qualifié dont la présence en personne n'est pas nécessaire pour la prestation de services. Les parties conviennent de la loi applicable et le travailleur s'installe dans un État membre qui correspond à ses préférences personnelles. Cette situation existe depuis quelques années et les problèmes rencontrés se situent principalement dans le domaine de la fiscalité (40).

Or, le développement des technologies de l'information et de la communication donne lieu à ce que l'on peut appeler des « délocalisations numériques ». Et l'une d'entre elles est déjà passée devant la Cour de justice. Dans l'affaire *Bundesdruckerei* (41), la Cour de justice a décidé que, lorsqu'« un soumissionnaire entend exécuter un marché public en ayant recours exclusivement à des travailleurs occupés par un sous-traitant établi dans un État membre autre que celui dont relève le pouvoir adjudicateur, l'article 56 TFUE s'oppose à l'application d'une réglementation de l'État membre dont relève ce pouvoir adjudicateur obligeant ce sous-traitant à verser auxdits travailleurs un salaire minimal fixé par cette réglementation ».

Sur cette base, il n'est pas déraisonnable d'affirmer qu'en l'état actuel de la législation et de la jurisprudence, si une entreprise a ses télétravailleurs basés dans un autre État membre, la réglementation du travail de l'État membre d'établissement de l'entreprise n'est pas applicable. Celle qui est pertinente est par conséquent celle de l'État où les télétravailleurs sont physiquement situés, ce qui semble correspondre à une interprétation littérale de l'article 8.2 du règlement (CE) n° 593/2008. Une entreprise suédoise place alors ses concepteurs en Bulgarie, et le coût de la main-d'œuvre s'effondre. Ce n'est pas différent de ce qui s'est passé avec certains services de centres d'appels ces dernières années, parmi d'autres professions facilement délocalisables. Mais la pratique risque désormais de se généraliser si l'on prend en compte la fourniture

(38) CJUE, 18 juillet 2007, aff. C-212/05, Gertraud Hartmann contre Freistaat Bayern.

(39) Pour les problèmes de sécurité sociale, A. Martín-Pozuelo López, « El Real-Decreto Ley 28/2020 y el teletrabajo transnacional. ¿Algo nuevo bajo el sol ? », in M. Rodríguez-Piñero Royo et A. Todolí Signes (dir.), *Trabajo a distancia y teletrabajo : análisis del marco normativo vigente*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2020, pp. 498 et s.

(40) A. Selma Penalva, *El contrato de trabajo internacional y las soluciones de compromiso. Problemas prácticos suscitados en la jurisprudencia española*, Thomson Reuters - Aranzadi, 2020, pp. 55 et s.

(41) CJUE, 18 septembre 2014, aff. C-549/13, Bundesdruckerei GmbH contre Stadt Dortmund.

d'activités en ligne, dématérialisées. Ces services étaient un symptôme, maintenant il y a un risque sérieux de contamination.

Cette situation concerne tous les États membres et une série de réglementations nationales pourrait conduire à une multiplication des conflits de lois. Une action de l'Union européenne, dans le même esprit que celui qui a présidé à l'élaboration du règlement initial, est donc indispensable.

En attendant une hypothétique réforme de l'article 8 du règlement, on peut suggérer une interprétation plus stricte fondée sur le paragraphe 4 de cet article : « *s'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente des liens plus étroits avec un autre pays que celui visé aux paragraphes 2 ou 3, la loi de cet autre pays s'applique.* » Dès lors que l'activité professionnelle est entièrement tournée vers un autre État que celui où réside le travailleur, on pourrait considérer que « *le contrat présente des liens plus étroits* » avec le pays de réception, en conséquence, les règles plus favorables de la loi de ce pays devraient être appliquées. Outre son application immédiate, cette solution constituerait un rempart au dumping social (42).

Si les sites Web sont commercialisés dans l'État où l'entreprise est établie, même s'ils sont produits par voie télématique dans un autre État, ce sont les produits d'un marché spécifique. Il s'agit d'un critère qui défie le modèle économique dominant, mais l'engagement dans le modèle opposé conduirait à la destruction de la base technologique du marché du travail. Celle-ci encourage une expulsion des talents numériques qui peut avoir de graves conséquences. Le critère de rattachement devrait être celui du siège de l'entreprise, si celle-ci exerce une partie substantielle de son activité dans l'État où elle est établie.

Le droit communautaire prévoit déjà de réglementer les cas dans lesquels le siège et les activités de l'entreprise se déroulent dans un scénario multinational. Les détachements transnationaux de travailleurs ont déjà soulevé bon nombre de

questions ici évoquées et ont conduit à l'adoption de la directive 2014/67/UE (43). Son article 4 contient un certain nombre de critères qui permettent de « *déterminer si une entreprise exerce réellement des activités substantielles, autres que celles relevant uniquement de la gestion interne ou administrative* ». Cela pourrait être le point de départ de la création d'une règle de conflit distincte pour le télétravail transnational. La logique pour déterminer la loi applicable doit suivre la « *trace de l'argent* ». Elle doit repérer le marché sur lequel les transactions économiques réalisées dans le cadre de l'activité de l'entreprise sont pertinentes.

C'est le critère qui relie l'entreprise à son marché. C'est un critère qui traduit le lieu où le travail est effectué comme le lieu où les fruits de ce travail sont réalisés (44). C'est un critère qui défend les travailleurs numériques contre le bannissement du travail. Bien entendu, cette idée doit être développée et des critères subsidiaires devront être élaborés pour les entreprises qui fournissent effectivement leurs services dans plusieurs pays en même temps. Ici, l'idée d'éventuels enjeux technologiques de la traditionnelle liberté de mouvement a été simplement avancée.

La réglementation de l'Union européenne sera, en tout état de cause, en retard sur les actions de ses États membres. L'émergence de ceux que l'on appelle les « *nomades numériques* » a déjà ouvert la concurrence entre les États pour capter non pas tant l'activité, mais les dépenses de ces professionnels. Pour exemple, le *Libro verde sobre o futuro do trabalho* (45) portugais précise : « *les pays et régions qui accueillent des nomades numériques peuvent, en théorie, bénéficier de l'attraction de personnes qualifiées et financièrement indépendantes, qui peuvent contribuer à stimuler les économies locales.* » L'attente en matière d'attractivité est partagée par de nombreux pays et le projet de loi visant à promouvoir l'écosystème des start-up (46) est le signe de l'engagement de l'Espagne dans ce domaine.

(42) En ce sens, J. Ph. Lhernould, conflits de lois - Quelle loi applicable pour les télétravailleurs transnationaux et pour les salariés travaillant hors de France ? JCP S 2022, Etude 1189.

(43) O. Fotinopoulou Basurko, « Panorámica general de la Directiva 2014/67/UE de ejecución de la directiva sobre desplazamiento de trabajadores en el marco de una prestación de servicios transnacional », *Revista de derecho social*, Bomarzo, 70, 2015, pp. 123 et s.

(44) A. Martín-Pozuelo López, « El teletrabajo y el Derecho internacional privado : el régimen particular del teletrabajo transnacional », in T Sala Franco (dir.), *El Teletrabajo*, Tirant lo blanch, 2020, p. 113 : « Es muy probable que exista un centro efectivo de actividades, situado en el lugar donde o partir

del cual el teletrabajador preste físicamente sus servicios (probablemente, su domicilio). Solo se podría producir un cambio en esta interpretación si se entendiera que, en los casos de teletrabajo interactivo, existe un centro efectivo de actividades *virtual*, situado allí donde se encuentra el terminal de empresa, de donde parten las instrucciones y desde donde se realiza el seguimiento y control de la prestación laboral de manera interactiva. »

(45) <https://www.portugal.gov.pt/download-ficheiros/ficheiro.aspx?v=%3d%3dBQAAAB%2bLCAAAAAAABAAzNLQwMQMAqSscTAUAAAA%3d>

(46) https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-81-1.PDF

B. Travail transfrontalier par l'intermédiaire des plates-formes

Le travail par l'intermédiaire des plates-formes a fait couler beaucoup d'encre dans les chroniques juridiques de tous les pays européens depuis quelques années. Il n'est pas question ici de développer tous les problèmes que pose cette nouvelle forme de travail sous l'angle de la liberté de circulation des travailleurs.

La proposition de directive de la Commission européenne relative à l'amélioration des conditions de travail sur les plates-formes numériques a pour objectif, si elle entre en vigueur, la mise au travail d'une partie importante des personnes fournissant des services par le biais de ces plates-formes (47). La reconnaissance de l'existence d'un contrat de travail entraîne l'insertion de ces activités dans le cadre de la libre circulation si elles sont exercées dans deux États membres. Il n'est pas difficile d'envisager la possibilité de créer des plates-formes de livraison ou de transport dans des régions transfrontalières fortement intégrées. Cela entraînerait un découplage territorial entre le lieu d'exécution de la prestation dans un pays et le donneur d'ordre dans un autre, avec à la clé des problèmes de droit applicable en termes de contrats de travail et de sécurité sociale. Il ne s'agit pas tant de constater l'existence d'un vide juridique, puisque la pluriactivité transfrontalière est réglementée depuis longtemps, mais de souligner les difficultés pratiques qui en découleraient.

Toutefois, avant d'aborder cette hypothèse, il convient de rappeler ce que la Cour de justice a dit dans l'affaire *Trojani* (48) : « doit être considérée comme "travailleur" toute personne qui exerce des activités réelles et effectives, à l'exclusion d'activités tellement réduites qu'elles se présentent comme purement marginales et accessoires. » Il est facile d'exclure, sur cette base, les incursions épisodiques d'un travailleur d'une plate-forme de livraison ou similaire dans un autre État membre. L'activité continuerait à se dérouler dans l'État où les tâches sont presque entièrement réalisées.

Dans le domaine de la sécurité sociale, le critère est systématiquement similaire. L'affaire *Szoja* (49) a clairement indiqué que « le règlement d'application, dont l'objet est de fixer les modalités d'appli-

cation du règlement de base, prévoit, à son article 14, paragraphe 5 ter, que les activités marginales ne sont pas prises en compte aux fins de la détermination de la législation applicable au titre de l'article 13 du règlement de base ».

Ces nuances jurisprudentielles permettent de laisser de côté les situations anecdotiques et de reconnaître que les seules difficultés possibles surviendront lorsqu'une plate-forme aura pour véritable but la circulation transfrontalière des personnes ou des biens. Un modèle commercial basé, par exemple, sur l'achat de produits dans un État membre pour un transport instantané vers un autre pourrait rencontrer des difficultés à s'adapter aux règles actuelles. Il faudra prendre en compte le volume des services fournis dans les deux États membres, l'existence d'une partie substantielle de l'activité, etc. Des règles classiques, en somme, mais qui risquent de mal s'adapter à la nature éphémère de la prestation de services sur nombre de ces plates-formes.

Au long de cette étude, on constate la multiplicité et la richesse des questions juridiques liées à la libre circulation des travailleurs au sein de l'Union européenne, signe de sa vitalité et de son ancrage dans la vie quotidienne des citoyens.

**José Maria Miranda Boto et
Marie-Cécile Escande-Varniol**

(47) L. Gil Otero, « Un paso (necesario) más allá de la laboralidad : análisis y valoración de la propuesta de Directiva relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas », *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, Universidad Pablo de Olavide, 12, 1, 2022 ; É. Pataut, « Résister à l'inéluctable ubérisation du monde ? », *RTD eur*, 2022, 3.

(48) CJUE, 7 septembre 2004, aff. C-456/02, Michel Trojani contre Centre public d'aide sociale de Bruxelles.

(49) CJUE, 13 juillet 2017, aff. C-89/16, Radosław Szoja contre Sociálna poisťovňa et WEBUNG, s.r.o.