

N° 645

SÉNAT

SESSION ORDINAIRE DE 2015-2016

Enregistré à la Présidence du Sénat le 26 mai 2016

RAPPORT D'INFORMATION

FAIT

*au nom de la commission des affaires européennes (1) sur la proposition de révision ciblée de la directive 96/71/CE relative au **détachement des travailleurs**,*

Par M. Éric BOCQUET,

Sénateur.

(1) Cette commission est composée de : M. Jean Bizet, *président* ; MM. Michel Billout, Michel Delebarre, Jean-Paul Emorine, André Gattolin, Mme Fabienne Keller, MM Yves Pozzo di Borgo, André Reichardt, Jean-Claude Requier, Simon Sutour, Richard Yung, *vice-présidents* ; Mme Colette Mélot, M Louis Nègre, Mme Patricia Schillinger, *secrétaires*, MM. Pascal Allizard, Éric Bocquet, Philippe Bonnacarrère, Gérard César, René Danesi, Mme Nicole Duranton, M. Christophe-André Frassa, Mmes Joëlle Garriaud-Maylam, Pascale Gruny, M. Claude Haut, Mmes Sophie Joissains, Gisèle Jourda, MM. Claude Kern, Jean-Yves Leconte, François Marc, Didier Marie, Robert Navarro, Georges Patient, Michel Raison, Daniel Raoul, Alain Richard et Alain Vasselle.

SOMMAIRE

	<u>Pages</u>
AVANT-PROPOS	5
I. L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU DÉTACHEMENT : UN DISPOSITIF À REVOIR	7
A. LE RECOURS ACCRU AU DÉTACHEMENT	7
1. <i>Une progression fulgurante.</i>	7
2. <i>Les raisons de ce succès et ses conséquences.</i>	9
B. LA DIRECTIVE D'EXÉCUTION DE 2014	11
1. <i>Un dispositif destiné à lutter contre la fraude.</i>	11
2. <i>L'intégration dans le droit français</i>	13
II. LA DÉMARCHE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE : UNE RÉVISION CIBLÉE DE LA DIRECTIVE DE 1996	17
A. UN CONTEXTE FAVORABLE À LA RÉVISION ?	17
1. <i>La pression de certains Etats membres</i>	17
2. <i>La jurisprudence de la Cour</i>	18
B. LE PROJET DE LA COMMISSION EUROPÉENNE	19
1. <i>La rémunération</i>	21
2. <i>La durée du détachement</i>	23
3. <i>Les chaînes de sous-traitance</i>	24
4. <i>Le recours aux agences d'intérim</i>	24
5. <i>La nécessaire révision du règlement « sécurité sociale » de 2004</i>	26
C. UN ACCORD EST-IL ENVISAGEABLE ?	27
EXAMEN PAR LA COMMISSION	31
PROPOSITION DE RÉOLUTION EUROPÉENNE	33
LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES	37

AVANT-PROPOS

Près de vingt ans après l'adoption de la directive 96/71/CE qui établit un cadre juridique pour ce type de prestation, la Commission européenne a présenté, le 8 mars 2016, une proposition de directive destinée à mieux définir les conditions de mise en œuvre du détachement des travailleurs. Les élargissements successifs de l'Union européenne et la crise économique et financière ont contribué à intensifier le recours aux travailleurs détachés, l'imprécision du droit et l'absence de contrôles efficaces conduisant à assimiler cette pratique à un dumping social garanti par la norme européenne.

Il ne s'agit pas de la première intervention de l'Union européenne dans ce domaine depuis l'adoption de la directive 96/71/CE. Un dispositif destiné à faciliter les contrôles et à mieux faire face à des formes élaborées de fraudes au détachement et de travail illégal a ainsi été adopté en mai 2014. Il est en cours de transposition par les Etats membres. La commission des affaires européennes avait, lors de débats préalables au vote de ce texte, manifesté son souhait de voir renforcer les dispositifs de contrôle et plaidé pour une réflexion sur les conditions même de détachement, afin qu'elles soient plus détaillées. Il s'agissait notamment de vérifier que le détachement ne soit pas un prêt de main d'œuvre à bas coût et réponde à l'objectif premier qui lui est assigné : pallier un manque de main d'œuvre dans un secteur précis.

Cette problématique est toujours d'actualité. La Commission européenne a cependant sensiblement modifié son approche, à l'instar de la Cour de justice de l'Union européenne. Le primat accordé à la libre-prestation de services est désormais tempéré par la volonté de faire émerger un principe simple : « À travail égal, salaire égal sur un même lieu de travail ». Le présent rapport analyse le texte présenté à cet effet et propose des mesures additionnelles destinées à agir encore plus efficacement contre la fraude tout en garantissant davantage de droits aux travailleurs détachés.

I. L'ENCADREMENT JURIDIQUE DU DÉTACHEMENT : UN DISPOSITIF À REVOIR

Adoptée en 1996 au sein d'une Union européenne qui comptait alors 15 membres¹, la directive relative au détachement des travailleurs a vu sa mise en œuvre bouleversée par les élargissements de 2004 et 2007 puis la crise économique et financière. La multiplication des cas de fraude au détachement a conduit l'Union européenne à adopter en mai 2014, au terme de plus de deux ans de débats au Conseil, une directive d'exécution destinée à compléter le dispositif initial, en facilitant et en renforçant les contrôles. Reste que le texte de 1996 nécessite également des ajustements afin de répondre aux pratiques observées sur le terrain qui dérogent à un principe simple mis en avant récemment par le Conseil économique, social et environnemental : « *À travail égal, salaire égal sur un même lieu de travail* »². Ce principe ne saurait être jugé contradictoire avec celui détaillé à l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne sur la libre-prestation de services et sur lequel se fonde la directive de 1996. Il convient d'ailleurs de rappeler que l'article 151 du même Traité place la protection sociale et l'amélioration des conditions de vie et de travail parmi les objectifs de l'Union et des États membres

De fait, cette révision doit permettre de réduire le recours au détachement, qui peut être envisagé depuis quelques années comme un moyen d'optimisation sociale et non une solution destinée à pallier un manque de main d'œuvre ou de qualification dans un secteur donné.

A. LE RECOURS ACCRU AU DÉTACHEMENT

1. Une progression fulgurante.

Le nombre de travailleurs détachés au sein de l'Union européenne a augmenté de près de 45 % entre 2010 et 2014, passant de 1,3 million de personnes concernées à 1,9 million (1,7 million de personnes un an plus tôt). 600 000 travailleurs étaient concernés par le détachement en 2007.

Parmi les pays d'envoi, cinq pays enregistrent une forte augmentation des départs : Bulgarie, Grèce, Lituanie, Slovaquie et Slovénie. Parallèlement, six pays voient le nombre de détachement sur leur sol progresser significativement : Allemagne, Autriche, Belgique, Estonie, Slovénie et Suède. 35,8 % des détachements sont en provenance de pays à

¹ Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

² Les travailleurs détachés, Avis du Conseil économique, social et environnemental, présenté par M. Jean Grosset, rapporteur avec l'appui de M. Bernard Cieutat, septembre 2015.

haut niveau de salaire et dirigés vers des pays à niveau équivalent. A l'inverse la moitié des détachements sont orientés vers des pays disposant de revenus supérieurs : 34,4 % des détachements sont en provenance de pays disposant de faible niveau de revenus et en direction de pays à hauts coûts salariaux et 15,7 % en direction de pays à niveau moyen de salaire. Il convient de rappeler que les écarts salariaux au sein de l'Union européenne s'étirent de 1 à 10 (ils allaient de 1 à 3 avant l'élargissement de 2004).

Flux de détachements par groupe de pays en fonction du niveau de salaire en 2014

Flux	Pourcentage des détachements
Pays à haut niveau de salaire vers pays de niveau équivalent	35,8 %
Pays à bas niveau de salaire vers pays à haut niveau de salaire	34,4 %
Pays à bas niveau de salaire vers pays à niveau moyen de salaire	15,7 %
Pays à haut niveau de salaire vers pays à niveau moyen de salaire	2,9 %
Pays à haut niveau de salaire vers pays à bas niveau de salaire	2,6 %
Indéterminé	8,6 %

(Source : Commission européenne)

L'Allemagne (410 000 travailleurs détachés, soit 1 % de la main d'œuvre locale), la France (190 850) et la Belgique (159 750) sont les trois principaux pays de destination. L'impact sur le taux d'emploi est également important dans d'autres pays : le Luxembourg compte ainsi 25 000 travailleurs détachés sur son territoire, soit 9 % de la main d'œuvre. 2,5 % des travailleurs opérant en Autriche sont issus du détachement. 81 % des détachements vers les pays à haut niveau de revenu sont concentrés sur cinq pays : Allemagne, Autriche, Belgique, France et Pays-Bas.

Ces chiffres sont cependant à relativiser puisque fondés sur le nombre de déclarations A1 émises, ces déclarations permettant d'attester l'affiliation du salarié détaché à un régime d'assurance sociale du pays où est établie son entreprise. Les écarts avec les données collectées par d'autres biais montrent un phénomène encore plus important. La Belgique a ainsi enregistré 499 840 opérations de détachement en 2014 et 205 279 travailleurs détachés sur son territoire. La France estime, de son côté, le nombre de travailleurs détachés à 228 650 personnes en 2014 (144 500 en 2011). L'écart entre les données nationales et celles découlant des formulaires A1 est particulièrement net dans d'autres pays : le Danemark

aurait ainsi enregistré 59 531 travailleurs détachés en 2014 alors qu'il n'a reçu que 10 869 formulaires A1. La faible durée des détachements peut expliquer un tel écart.

L'Allemagne (232 800 travailleurs détachés par an) et la France (119 700) sont, par ailleurs, avec la Pologne (266 700) les principaux pays d'envoi. En prenant en compte la possibilité pour un travailleur d'effectuer plusieurs détachements dans une année, les écarts entre ces trois pays apparaissent plus nets puisque 428 400 détachements ont été opérés depuis la Pologne en 2014 contre 255 700 depuis l'Allemagne et 125 200 depuis la France.

La durée annuelle moyenne du détachement est établie à 103 jours. Elle varie considérablement d'un État membre à l'autre, pouvant ainsi atteindre 257 jours pour un travailleur irlandais contre 33 pour un travailleur français. Cette durée peut intégrer plusieurs missions : La durée moyenne d'un détachement en France, estimée à 47 jours, est en deçà de la moyenne européenne.

Le secteur de la construction est le principal concerné puisqu'il regroupe 43,7 % des travailleurs détachés, devant l'industrie manufacturière (21,8 %), les services liés à l'éducation, à la santé et à l'action sociale (13,5 %) et les services aux entreprises (10,3 %). Le recours aux travailleurs détachés a, par ailleurs, progressé de 44 % en quatre ans dans le secteur de la construction.

2. Les raisons de ce succès et ses conséquences.

Plusieurs facteurs sont généralement avancés pour tenter d'expliquer un tel phénomène, à l'image de l'élargissement, de la crise économique et financière ou du manque de main d'œuvre dans des secteurs spécifiques. Ce dernier argument ne saurait à lui seul justifier une telle progression. Il convient même de s'interroger, au terme de dix ans d'augmentation constante du recours à ce dispositif, sur l'effet d'éviction de la main d'œuvre locale induit par le dispositif. Certaines professions ont disparu en France dans des domaines d'activité tels que le ferrailage, la tuyauterie ou le soudage des barres d'armatures dans les constructions en béton armé. Le nombre d'apprentis dans le secteur de la construction est, quant à lui, passé de 31 000 en 2008 à 18 000 en 2015. Si le détachement n'explique pas totalement cette diminution, sa progression manifeste dans ce secteur n'est sans doute pas sans incidence.

Au sein de ce secteur, la Commission européenne a elle-même relevé, dans trois pays de l'Union européenne (Autriche, Belgique, Luxembourg) un effet de substitution en défaveur de l'emploi peu qualifié local et au profit du travailleur détaché, moins coûteux. Il convient de rappeler à ce stade que 50,1 % des détachements sont en direction de pays disposant de niveau de salaire plus élevé.

En dépit des précautions prises dans le texte de 1996, le travailleur détaché peut en effet apparaître moins onéreux qu'un salarié national, à degré de qualification et à tâche équivalente. L'article 3 de la directive de 1996 prévoit que sont applicables au salarié détaché :

- Les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos ;
- La durée minimale des congés annuels payés ;
- Les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires ;
- Les conditions de mise à disposition des travailleurs ;
- La sécurité, la santé et l'hygiène au travail ;
- Les mesures protectrices applicables aux femmes enceintes ;
- L'égalité de traitement entre hommes et femmes et toute autre disposition en matière de non-discrimination.

Les allocations propres au détachement font partie du salaire minimal dans la mesure où elles ne visent pas à rembourser les dépenses effectivement encourues en raison du détachement : voyage, logement et nourriture (article 3, paragraphe 7).

Le degré de qualification, l'ancienneté et les éléments de salaire annexes (primes, allocation) ne sont pas pris en compte dans la rédaction. Le texte prévoit par ailleurs que ces taux ne s'appliquent qu'à la condition qu'ils soient prévus par la loi ou, dans le secteur de la construction, par une convention collective de portée générale. Il laisse néanmoins la possibilité aux Etats membres d'appliquer l'ensemble des conventions collectives à tous les secteurs économiques. Plusieurs Etats membres, à l'instar de la France, ont opté pour cette pratique³. Dans ces conditions, la Commission européenne estime aujourd'hui que l'application du taux de salaire minimal peut créer un écart compris entre 30 et 70 % par rapport au salaire moyen applicable dans l'Etat d'accueil. Une telle situation n'est pas sans créer des distorsions de concurrence et rend le détachement plus attractif que le recrutement local.

À cette différence de coût salarial s'ajoute la question des charges sociales. Si la directive de 1996 met en avant le principe du pays d'accueil en matière de droit du travail, elle maintient l'affiliation du salarié détaché au régime de sécurité sociale du pays d'envoi, à la condition que la prestation de service ne dépasse pas 24 mois⁴. Le recours à un salarié détaché pour la réalisation d'une prestation peut donc s'avérer plus avantageux que le recrutement local, compte tenu du différentiel de charges sociales d'un Etat

³ Autriche, Belgique, Espagne, Finlande, Grèce, Italie, Pays-Bas, Portugal et Slovénie.

⁴ Règlement (CE) n°883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

membre à l'autre. Les charges sociales représentent ainsi en moyenne 6 % du salaire à Chypre contre 38 % en France.

Votre rapporteur avait déjà émis en 2013 le même constat sur l'utilisation du détachement à des fins d'optimisation, en utilisant la formule de « salarié *low cost* ». La réponse européenne s'est concentrée à l'époque sur la mise en place d'un système de contrôle plus abouti, destiné à prévenir le risque de fraude, sans véritablement aborder la question des salaires versés et de l'équité de la concurrence.

B. LA DIRECTIVE D'EXÉCUTION DE 2014

1. Un dispositif destiné à lutter contre la fraude

L'Union européenne a adopté, le 15 mai 2014, une directive d'exécution destinée à préciser les modalités d'application de la directive 96/71 concernant le détachement des travailleurs⁵. Ce texte est avant tout censé prévenir le risque de fraude. Il n'établit pas de nouveaux droits pour les travailleurs détachés. Il est le résultat d'un compromis au Conseil entre Etats défavorables à une révision des dispositions initiales de 1996 – en premier lieu le Royaume-Uni et les pays d'Europe centrale et orientale – et pays favorables à un renforcement des contrôles en amont, à l'image de la France, les articles 9 et 12 ayant longtemps cristallisé ces difficultés entre les États.

La rédaction initiale de l'article 9 prévoyait une codification de la jurisprudence européenne en matière de contrôle. Une liste précise de mesures pouvant être imposées par l'État membre d'accueil à une entreprise étrangère qui détache des salariés sur son territoire était déterminée. Une société peut ainsi être tenue de déclarer un détachement, au plus tard au début de la prestation. Elle est obligée de conserver et de fournir pendant toute la durée du détachement le contrat de travail, les fiches de paie, les relevés d'heures ou les preuves du paiement des salaires. Elle est enfin amenée à désigner un correspondant chargé de négocier au nom de l'employeur avec les partenaires sociaux du pays d'accueil. **La version finale du dispositif intègre le principe d'une liste ouverte de contrôles, ce qui répond à la demande de plusieurs États membres (France, Allemagne, Belgique, Espagne, Finlande ou Pays-Bas).** Cette disposition permet d'être le plus réactif possible face à des mécanismes de fraude de plus en plus complexes. Par ailleurs, si la Commission doit être informée de toute nouvelle mesure, il ne s'agit pas pour autant de l'introduction d'un dispositif de pré-autorisation, comme en témoigne un considérant et surtout

⁵ Directive 2014/67/UE du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n ° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur

l'amendement au texte adopté par le Parlement européen. Celui-ci insiste pour que les mesures de contrôles soient « communiquées » et non « notifiées » à la Commission.

L'article 12 du projet de directive institue, quant à lui, un mécanisme de responsabilité solidaire du donneur d'ordre, limité au sous-traitant direct. Il s'agissait de renforcer la protection des travailleurs du secteur de la construction principalement concerné par le phénomène de sous-traitance. La France et ses partenaires souhaitaient une extension du mécanisme de responsabilité solidaire pour le donneur d'ordre à tous les secteurs d'activité mais aussi à l'ensemble de la chaîne de sous-traitance. L'article 12 prévoit, quant à lui, un mécanisme de responsabilité solidaire, limité au secteur de la construction et au sous-traitant direct. Le contractant dont l'employeur est un sous-traitant direct peut donc être tenu responsable par le travailleur détaché pour les questions relatives au salaire et au versement de cotisations sociales. Il n'est pas responsable pour autant pour l'ensemble de la chaîne de sous-traitance. La directive d'exécution laisse la possibilité à un État membre d'étendre ce dispositif à d'autres secteurs. Le recours au détachement est en effet croissant dans des domaines tels que l'agriculture, les transports ou l'événementiel. Enfin, à défaut de la mise en place du mécanisme prévu par la directive d'exécution, l'État peut appliquer d'autres mesures d'exécution entraînant des sanctions effectives et proportionnées.

L'article 4 intègre, quant à lui, une référence à la Convention de Rome⁶, transposée en 2008 dans la législation européenne⁷. Celle-ci permet de déterminer le droit applicable aux travailleurs exerçant leur activité en dehors de leur pays de résidence ou de celui d'établissement de leur entreprise. Le règlement dit Rome I établit qu'un salarié ne peut être privé du bénéfice des dispositions obligatoires que lui accorde l'État membre dans lequel ou à partir duquel il accomplit habituellement son travail. Dans le cadre de la directive, Rome I s'applique si le détachement ne peut être totalement caractérisé. Aux termes de celui-ci, c'est dans l'État au sein duquel le travailleur exerce sa fonction économique et sociale que l'environnement professionnel et politique influence l'activité de travail. Dès lors, le respect des règles de protection du travail prévues par le droit de ce pays s'impose.

Le même article 4 prévoit en outre que les autorités de contrôle des États membres relèvent un certain nombre d'éléments en vue d'apprécier si l'entreprise qui détache ses salariés exerce réellement une activité substantielle dans le pays où elle est affiliée : lieu d'établissement du siège, lieu de recrutement, lieu d'exercice de l'activité, nombre de contrats exécutés ou montant du chiffre d'affaires réalisé dans l'État

⁶ Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles.

⁷ Règlement (CE) n°593/2008 du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I).

d'établissement notamment. Ce faisceau d'indices est destiné à vérifier tant la réalité du détachement que l'existence réelle de l'entreprise et éviter ainsi les sociétés boîtes aux lettres. Le délai de transmission des documents est de 25 jours, une procédure d'urgence permettant un échange d'informations sur deux jours (article 6).

L'article 11 de la directive d'exécution offre enfin aux syndicats professionnels, aux syndicats de salariés et aux associations la possibilité de se constituer partie civile dans certaines affaires, pour le compte ou à l'appui du travailleur détaché, avec son accord préalable.

Ce texte répond en large partie aux souhaits qu'avait exprimés le Sénat dans une résolution européenne adoptée à l'unanimité en 2013, à l'initiative de la commission des affaires européennes⁸. Seul l'article 12 manque un peu d'ambition en ne permettant pas de limiter la taille des chaînes de sous-traitance, source de nombre de dérives, à l'image de ce qu'ont mis en œuvre l'Allemagne ou l'Espagne.

La transposition de la directive d'exécution dans le droit interne des États membres doit se terminer le 18 juin 2016. Trois États seulement ont jusqu'à présent transposé le dispositif : la France, la Lettonie et la Slovaquie.

2. L'intégration dans le droit français

La France a intégré en large partie la directive d'exécution dans le droit national dès juillet 2014⁹. La loi dite Savary prévoit :

- la mise en place d'un dispositif de responsabilité solidaire entre le donneur d'ordre et l'un de ses sous-traitants qui ne règle pas la totalité des rémunérations dues. La responsabilité est notamment financière. Ce mécanisme s'applique à tous les secteurs professionnels. La responsabilité pèse sur les maîtres d'ouvrage et l'ensemble des donneurs d'ordre, la chaîne de sous-traitance n'étant pas limitée au seul cocontractant. La loi prévoit un devoir de diligence pour le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage qui, alertés par un agent de contrôle, devra alors prendre les mesures nécessaires. La responsabilité solidaire n'est, par ailleurs, engagée qu'à la demande d'un agent de contrôle ;

- le durcissement des règles en matière de déclaration de détachement ;

- la désignation d'un représentant des salariés étrangers détachés en France ;

- l'obligation de vérification par le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage de la déclaration préalable et de la désignation d'un représentant,

⁸ Résolution européenne n°16 (2013-2014) sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs.

⁹ Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale.

sous peine d'amende. L'absence d'envoi d'une déclaration de détachement est alors passible d'une contravention de la quatrième classe, soit au maximum 375 euros. Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage a également une obligation de vigilance et de responsabilité en matière d'hébergement et d'application de la législation du travail. Le non-respect de cette obligation de vigilance peut se traduire par une amende de 5 000 euros ;

- l'inscription des salariés détachés dans le registre unique du personnel et dans le bilan social de l'entreprise qui les utilise ;

- la conservation des documents sur le lieu de travail du salarié détaché ayant trait aux informations le concernant et à l'activité, dans le pays d'établissement, de la société qui le détache.

Le contrôle du détachement a été enrichi en 2015 par la loi dite Macron¹⁰, qui prévoit notamment :

- une carte d'identification professionnelle obligatoire pour tout employé de chantier dans le secteur du bâtiment et des travaux publics. La carte comporte des informations relative à l'ouvrier et son employeur ;

- la suspension des prestations de service exercées par le travailleur pendant un mois en cas d'irrégularité : non-respect des conditions de travail ou non-présentation d'un document permettant le suivi des règles en vigueur ;

- la mise en place d'une amende de 2 000 euros maximum par salarié détaché si la responsabilité du donneur d'ordre est engagée. Le montant cumulé des amendes est plafonné à 500 000 euros.

Le projet de loi portant réforme du travail, actuellement en débat, renforce les dispositifs existants en :

- transférant au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage la charge de déclarer les salariés détachés de leurs sous-traitants si ces derniers ne l'ont pas fait, sous peine de sanction. Il doit également déclarer un accident du travail concernant un salarié détaché ;

- créant un droit de timbre à la charge de toute entreprise établie hors de France qui y détache des salariés pour compenser les coûts administratifs liés au détachement, mais également pour alourdir le coût du détachement. Le montant est plafonné à 50 euros par salarié ;

- étendant au défaut de déclaration les possibilités de suspension de la réalisation des opérations engagées avec des salariés détachés. Le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage dispose d'un délai de 48 heures pour effectuer la déclaration, faute de quoi la suspension s'applique ;

¹⁰ Loi n° 2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économique.s

- renforçant les moyens de lutte contre la fraude au détachement dans le secteur agricole, en permettant la suspension des prestations de service en cas de manquement grave au droit du travail.

Le texte permet également la transposition dans le droit national des dispositions de la directive de mai 2014 en ce qui concerne le recouvrement des sanctions. Aux termes du texte européen, la demande d'exécution d'une sanction est réputée produire les mêmes effets que si elle était le fait de l'État membre demandeur. Le projet de loi précise ainsi les modalités de recouvrement des amendes administratives prononcées par un autre État membre à l'encontre d'un prestataire de service français.

Plus de 1 300 interventions de l'inspection du travail par mois ont été recensés au second semestre 2015. Les trois quarts concernaient le secteur du BTP et s'inscrivaient dans le cadre du plan de suivi de 500 chantiers, présenté par le Gouvernement en février 2015. Un tiers des contrôles ont été effectués de manière conjointe entre plusieurs services (inspection du travail, services fiscaux, URSSAF, MSA dans le secteur agricole, douanes, forces de sécurité). 139 amendes ont été notifiées pour non-présentation d'une déclaration de détachement, permettant d'atteindre un montant cumulé de 680 000 euros. 35 % de ces amendes ont été adressées à des donneurs d'ordre ou des maîtres d'ouvrage, faute d'avoir vérifié le respect des formalités déclaratives. 15 suspensions de prestations ont été décidées par les préfets. 639 infractions en matière de détachement ont par ailleurs été transmises aux parquets au cours du second semestre 2015, les trois quarts des dossiers concernant le travail illégal.

Si ces chiffres attestent d'une réelle prise de conscience des pouvoirs publics, ils sont cependant le fruit d'une focalisation sur les gros chantiers. Or le recours aux travailleurs détachés vise surtout des petites opérations, réduites dans le temps et difficiles à contrôler. Ce sont ce type de prestation qui créent des distorsions de concurrence dont sont victimes les petites entreprises locales. De nouveaux moyens européens devraient, en tout état de cause, accompagner cette intensification des contrôles. L'utilisation de la base de données européenne VIES, qui contient les numéros d'immatriculation à la TVA pour les transactions transfrontières, pourrait ainsi faciliter les contrôles quant à l'existence réelle de la société qui détache.

*

Ce dispositif européen de lutte contre la fraude devrait faire l'objet dans les trois années à venir d'une évaluation de la part de la Commission européenne. Celle-ci n'a cependant pas attendu la fin de la transposition de ce texte pour proposer de nouvelles mesures destinées cette fois-ci à éviter les distorsions de concurrence et prendre en compte l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sur ces questions.

II. LA DÉMARCHE DE LA COMMISSION EUROPÉENNE : UNE RÉVISION CIBLÉE DE LA DIRECTIVE DE 1996

La Commission européenne a indiqué lors de sa prise de fonctions fin 2014, puis dans son programme de travail pour 2015, qu'elle entendait proposer un paquet sur la mobilité des travailleurs¹¹. Sa présentation a finalement été différée à mars 2016, en raison notamment des négociations avec le Royaume-Uni sur le futur statut de celui-ci au sein de l'Union européenne¹².

Le paquet se limite par ailleurs à une proposition de révision ciblée de la directive de 1996 sur le détachement des travailleurs, alors qu'il devait initialement intégrer une révision du règlement de 2004 sur la coordination des régimes de sécurité sociale ainsi qu'une communication sur la mobilité de la main d'œuvre. La révision du règlement sur la coordination des régimes de sécurité sociale est reportée en attendant les résultats du référendum britannique.

A. UN CONTEXTE FAVORABLE À LA RÉVISION ?

1. La pression de certains Etats membres

Sept gouvernements, dont la France, ont appelé à une révision de la directive de 1996 dans une lettre adressée, le 5 juin 2015, à la Commissaire européenne à l'emploi et aux affaires sociales, Mme Marianne Thyssen¹³. Les ministres insistent, dans ce document, sur le principe d'un salaire égal sur un même lieu de travail. Ces Etats souhaitent dépasser le « noyau dur » de règles minimales prévu par la directive de 1996.

A l'inverse, neuf gouvernements ont manifesté leur opposition à tout projet de révision dans un courrier également adressé à la Commissaire

¹¹ Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au comité des régions : Programme de de travail de la Commission pour l'année 2015 - Un nouvel élan (COM (2014) 910 final).

¹² L'accord trouvé entre le Royaume-Uni et ses vingt-sept partenaires le 19 février 2016, prévoit que le versement de prestations sociales liées au travail pour les travailleurs migrants européens nouvellement arrivés au Royaume-Uni soit conditionné sur une période de sept ans. Les autorités britanniques pourront priver un travailleur migrant des prestations liées de manière automatique aux salaires (les 'in-work benefits') jusqu'à quatre ans au cours de cette période de sept ans. Un retour progressif pendant ces quatre années aux allocations est prévu, en fonction du degré de connexion du travailleur au marché du travail britannique. Le niveau d'allocations sera indexé sur le niveau de vie et le niveau des prestations du pays où réside l'enfant du travailleur migrant à compter de 2020. Cette disposition implique une révision du règlement de coordination des régimes de sécurité sociale. Elle ne s'appliquera également qu'aux nouveaux arrivants. Tous les États membres pourront procéder de même et indexer de la même manière ces prestations familiales exportées dans un autre État membre.

¹³ Allemagne, Autriche, Belgique, France, Luxembourg, Pays-Bas et Suède.

européenne¹⁴. Ils relèvent en premier lieu que la directive d'exécution n'a pas encore été partout transposée. Ils jugent ensuite que toute révision pourrait remettre en cause la liberté de service et fragiliser le marché intérieur.

2. La jurisprudence de la Cour

La Cour de justice de l'Union européenne a, de son côté, clarifié les droits des travailleurs détachés dans un arrêt rendu le 12 février 2015 en précisant notamment les éléments devant être intégrés dans la rémunération¹⁵. La société polonaise ESA ayant détaché 186 salariés en Finlande pour effectuer des travaux d'électrification les a rémunérés aux conditions minimales en vigueur en Finlande, refusant d'intégrer des indemnités prévues par les conventions collectives d'application générale. Celles-ci prévoient des classes de rémunération ou des groupes de salaires déterminés, où le calcul du salaire minimal à l'heure (rémunération par unité de temps) ou à la tâche (rémunération au rendement) est différent. Des indemnités journalières de détachement, de trajet, de congés et d'hébergement sont également intégrées. **Aux termes de l'arrêt, il ressort que les questions portant sur le taux de salaire minimal sont régies, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, par la réglementation de l'État membre d'accueil. Le mode de calcul du taux du salaire minimal est donc du ressort de l'État membre d'accueil. S'il existe des classes de rémunérations fondées sur des règles transparentes et contraignantes, celles-ci doivent s'imposer, le salaire minimum ne pouvant se substituer à elles.** L'indemnité journalière de détachement est, en outre, qualifiée d'allocation propre au détachement. Elle fait donc partie du salaire minimal. L'indemnité du temps de trajet quotidien doit également en faire partie. Le droit à une période annuelle de congés payés fait, quant à lui, partie intégrante du salaire minimal. Le pécule de vacances minimal qui est accordé au travailleur détaché correspond donc au salaire minimal auquel il a droit durant la période de référence. A l'inverse, les dépenses liées au logement ainsi que les bons d'alimentation ne peuvent constituer des éléments du salaire minimal. Ils ne sauraient, en conséquence, être intégrés dans le calcul de celui-ci et restent à la charge des employeurs.

Cet arrêt marque un début de rupture avec la jurisprudence dite Laval de 2007¹⁶. Aux termes de cet arrêt, la Cour a justifié sa décision en soulignant que la directive concernant le détachement de travailleurs n'obligeait pas les prestataires de service étrangers à appliquer une

¹⁴ Bulgarie, Estonie, Hongrie, Lituanie, Lettonie, Pologne, Roumanie, Slovaquie et République tchèque.

¹⁵ Arrêt CJUE du 12 février 2015, affaire C-396/13, *Sähköalojen ammattiliittory/Elektrobudowa Spółka Akcyjna*.

¹⁶ Arrêt CJUE du 18 décembre 2007, affaire C-341/05 *Laval un Partneri Ltd contre Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan et Svenska Elektrikerförbundet*.

rémunération dépassant le salaire minimum, si cette rémunération n'a pas été définie par une loi ou une convention collective de portée générale. Le cas visé par la Cour concernait une rémunération établie dans le cadre de négociations collectives, au cas par cas, sur le lieu de travail, tenant compte de la qualification et des fonctions des salariés concernés. L'arrêt de 2015 tend plutôt à consacrer le principe d'égalité salariale, même si en l'espèce le salaire a été négocié dans le cadre de conventions collectives d'application générale. La Cour renvoie cependant au juge national le soin de vérifier si les règles de rémunération sont contraignantes et transparentes.

La Cour de Justice a également rendu, le 17 novembre 2015, un arrêt aux termes duquel la participation à un marché public pouvait être subordonnée à l'engagement à verser un salaire minimum, notamment lorsqu'il y a recours à un sous-traitant¹⁷.

B. LE PROJET DE LA COMMISSION EUROPÉENNE

La Commission européenne a présenté, le 8 mars 2016, une proposition de révision ciblée de la directive de 1996¹⁸. **Au travers de ce deuxième texte en quatre ans sur la question du détachement, la Commission souhaite promouvoir une concurrence fondée sur la qualité et l'innovation et non sur une base salariale.** Elle rappelle néanmoins que le détachement des travailleurs permet de pallier un manque de main d'œuvre dans certains secteurs. Le dispositif peut également constituer une réponse à un choc économique asymétrique en soutenant l'emploi dans l'État membre d'origine et contribuer à la demande dans l'État d'accueil. Dans ce contexte, la révision ciblée doit permettre de préciser les conditions d'application de la directive, en intégrant notamment la jurisprudence.

La proposition de révision n'aborde pas la question du détachement dans le transport routier. Elle devrait être traitée dans le cadre d'un paquet législatif dédié à la question du transport, prévu pour la fin de l'année 2016 (considérant 10 de la proposition de révision ciblée). Votre rapporteur juge ce report regrettable. À l'initiative de la commission des affaires européennes, le Sénat a adopté, le 15 mai 2014, une proposition de résolution européenne insistant notamment sur le fait que la directive de 1996 s'applique expressément aux opérations de cabotage routier¹⁹. Dans le cadre de celle-ci, un transporteur peut effectuer, à l'issue d'une livraison internationale, trois opérations de fret en sept jours dans l'État où il vient de déposer sa marchandise.

¹⁷ Arrêt CJUE du 17 novembre 2015 *RegioPost GmbH & Co. KG contre Stadt Landau in der Pfalz*.

¹⁸ Proposition de directive modifiant la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (COM (2016) 128 final).

¹⁹ Résolution européenne n°114 (2013-2014) sur le dumping social dans les transports européens.

Le considérant 17 du règlement de 2009 qui encadre le cabotage au niveau européen indique que les dispositions de la directive de 1996 s'appliquent aux sociétés de transport effectuant un transport de cabotage²⁰. Cette référence n'est pour autant pas reprise à l'article 9 dudit règlement. Aux termes de celui-ci, chaque transport de cabotage est soumis à la législation nationale de l'État membre d'accueil en ce qui concerne le contrat de transport, le poids et la dimension des véhicules, les prescriptions spécifiques à certaines catégories de marchandises, le contrôle des temps de conduite ou de repos des conducteurs et la taxe sur la valeur ajoutée. Rien n'est indiqué concernant les normes sociales prévues dans le noyau dur de la directive sur le détachement et notamment la question de la rémunération. Il en va de même pour le temps de travail. Le transporteur est de fait rémunéré aux conditions du pays d'envoi, créant une véritable distorsion de concurrence avec les transporteurs nationaux et favorisant l'émergence d'un phénomène dit de grand cabotage. Le règlement de 2009 prévoit en effet qu'une opération de cabotage est autorisée dans chaque État membre parcouru sur le trajet du retour, dès lors que le véhicule passe la frontière à vide. Cette opération doit être effectuée dans un délai de trois jours suivant l'entrée d'un véhicule sur le territoire dudit État et au maximum sept jours après la livraison des marchandises ayant fait l'objet du trajet aller. Rien n'interdit pour autant à un transporteur d'effectuer un transfert de marchandises entre deux États dont il n'est pas ressortissant sur le trajet du retour. Une telle opération lui permet alors de retrouver un droit complet de cabotage au sein de l'État où il décharge (trois opérations sur sept jours). La notion de trajet de retour perd tout son sens dès lors qu'il est permis d'effectuer sur celui-ci des opérations internationales qui autorisent ensuite à ces camions de caboter durant sept jours sur le territoire de l'État de déchargement. Un transporteur roumain parti effectuer une livraison en France peut ainsi optimiser son trajet de retour via les bourses de fret et effectuer trois opérations de cabotage en France, puis trois en Italie, puis trois en Autriche et trois en Hongrie avant de regagner son pays. Rien ne lui interdit non plus de revenir sur ses pas, en prenant depuis l'Autriche ou l'Italie une livraison pour un pays voisin. Compte tenu du différentiel salarial, ce cabotage quasi permanent fausse les conditions de concurrence sur les marchés intérieurs des États traversés.

La proposition de révision ciblée se concentre de fait sur quatre points : la rémunération, la durée du détachement, les chaînes de sous-traitance et le recours aux agences d'intérim. La démarche de la Commission européenne peut cependant apparaître boiteuse puisque le volet sécurité sociale du détachement est reporté.

Il convient aussi de s'interroger sur la base juridique de la directive de 1996, qui ne se réfère qu'à l'article 57 du traité sur le

²⁰ Règlement (CE) n°1072/2009 du 21 octobre 2009 établissant des règles communes pour l'accès au marché du transport international de marchandises par route.

fonctionnement de l'Union européenne concernant la libre prestation de services. Il pourrait être utile de la compléter par une mention de l'article 151 du même Traité aux termes duquel l'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, ont notamment pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès et une protection sociale adéquate.

1. La rémunération

En l'état actuel de sa rédaction, la directive de 1996 prévoit seulement que les travailleurs détachés perçoivent les taux de salaire minimal. Le degré de qualification, l'ancienneté et les éléments de salaire annexes ne sont pas mentionnés. Seules les allocations propres au détachement sont considérées comme faisant partie du salaire minimal, à l'exception des dépenses de logement, de nourriture et de voyage liées au détachement. **La Commission propose aujourd'hui une nouvelle rédaction remplaçant les termes « taux de salaire minimal » par « rémunération ».** Celui-ci vise tous les éléments de la rémunération rendus obligatoires par :

- des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales ;
- des conventions collectives ou des sentences arbitrales déclarées d'application générale ;
- des conventions collectives ou sentences arbitrales qui auraient un effet général sur toutes les entreprises similaires appartenant au secteur ou à la profession concernée ;
- des conventions collectives conclues par les partenaires sociaux les plus représentatifs au niveau national.

La Commission codifie ainsi l'arrêt de février 2015 visant sur les éléments de rémunération. Cette nouvelle rédaction doit être saluée.

En ce qui concerne les conventions collectives, la Commission propose qu'elles s'appliquent au-delà du secteur de la construction. Le texte de 1996 prévoit en effet la mise en œuvre obligatoire de ces textes pour ce seul secteur. Il laisse néanmoins la possibilité aux États membres d'appliquer l'ensemble des conventions collectives de portée générale (à l'image des accords de branche français) à tous les secteurs économiques. Plusieurs États membres, à l'instar de la France, ont opté pour cette pratique²¹. D'autres, Allemagne, Irlande ou Luxembourg par exemple, limitent l'application des conventions à certains domaines d'activité. Jusqu'à l'introduction d'un salaire minimum en Allemagne le 1^{er} janvier 2015, les abattoirs allemands n'étaient ainsi pas concernés. Le recrutement des

²¹ Autriche, Belgique, Espagne, Finlande, Grèce, Italie, Pays-Bas, Portugal et Slovaquie.

équarisseurs était donc principalement tourné vers les pays de l'Est de l'Union européenne, rémunérés entre 3 et 7 euros de l'heure. Cette situation avait conduit le gouvernement belge à déposer une plainte auprès de la Commission européenne pour distorsion de concurrence en mars 2013. La Belgique insistait notamment sur le risque de délocalisation de cette activité. Ce véritable dumping social avait en partie conduit la société Gad en France à supprimer 889 emplois en octobre 2013. Selon la Commission européenne, 300 000 travailleurs détachés en Europe seraient aujourd'hui concernés par l'extension des accords collectifs.

Les conventions à portée restreinte (régionales ou établies au niveau de l'entreprise) ne sont pas abordées par le texte. Il s'agit là d'une des failles du dispositif à l'heure où les accords d'entreprise prennent une place sans cesse croissante au sein de la hiérarchie des normes sociales. Le Code du travail prévoit déjà que l'accord d'entreprise peut notamment :

- déterminer le taux de majoration des heures supplémentaires accomplies ;
- établir la durée des congés et des périodes de travail ;
- prévoir une rémunération des temps de restauration et de pause ;
- accorder des contreparties aux temps d'habillage et de déshabillage ou lorsque le temps de déplacement professionnel dépasse le temps normal de trajet ;
- fixer des compensations financières aux astreintes.

Le projet de loi portant réforme du travail, actuellement en débat, prévoit, par ailleurs, que l'accord d'entreprise prime désormais en matière de durée du travail. Il insiste sur le fait que les accords collectifs pourront, avec l'accord du salarié, se substituer aux contrats de travail lorsqu'ils visent à préserver ou à développer l'emploi.

Ainsi, aux termes de la révision ciblée, un accord régional ou d'entreprise pourrait ne pas profiter aux travailleurs détachés au risque de continuer à rendre leur recrutement plus attrayant. Votre rapporteur estime donc que la révision ciblée doit intégrer ce type d'accord, d'autant plus que la Cour de justice de l'Union européenne semble avoir opéré une certaine inflexion en la matière en février 2015.

Les éléments constitutifs de la rémunération devront, par ailleurs, être publiés sur le site internet national officiel unique prévu par la directive d'exécution de 2014, destiné aux prestataires de services afin de connaître le droit du travail applicable au sein de chaque État membre²². Les frais inhérents au détachement continueront à ne pas être intégrés dans la rémunération. La Commission européenne a précisé lors des premières négociations au Conseil, que cette nouvelle rédaction n'impliquait pas que

²² Article 5 de la directive d'exécution.

les Etats se dotent d'une grille de salaire détaillée par profession. Selon elle, 700 à 800 000 travailleurs détachés pourraient être concernés par cette révision des règles de rémunération.

Au final, le principe d'égalité de traitement permettrait de majorer sensiblement le coût d'un travailleur détaché. L'étude d'impact de la Commission européenne indique ainsi que le coût salarial mensuel d'un ouvrier polonais dans le bâtiment détaché en France pourrait passer de 1 587 à 1 960 euros, ce qui reste cependant en deçà du coût d'un salarié français - 2 146 euros. La différence de coût entre un ouvrier polonais et un son homologue allemand serait, quant à elle, ramenée de 562 euros à 45 euros mensuels.

Au-delà de la rémunération, le Gouvernement français souhaite que la mention de conditions d'hébergement dignes soit intégrée dans le « noyau dur » prévu à l'article 3 de la directive. Ce critère est déjà reconnu par le droit français, depuis l'adoption de la loi dite Savary de juillet 2014. Votre rapporteur juge cette mention pertinente alors que nombre d'enquêtes révèlent des conditions de vie inhumaines pour des salariés détachés, notamment dans le secteur agricole.

2. La durée du détachement

Le règlement de 2004 sur la coordination des régimes de sécurité sociale prévoit que le détachement ne peut dépasser 24 mois. Au-delà, le travailleur est rattaché au régime de protection sociale du pays d'accueil. **Aux termes de la proposition de révision ciblée, la totalité du droit du travail applicable au travailleur dont le détachement dépasse 24 mois devient celui du pays d'accueil**, conformément au règlement Rome I de 2008. Il en va ainsi des normes visant les licenciements.

La durée de 24 mois est réputée prévue ou effective : la mesure s'applique donc de fait dès le premier jour où il devient prévisible que le détachement durera plus de 24 mois. Par ailleurs, à la différence du règlement de 2004, la période de 24 mois n'est pas individualisée : en cas de remplacement de travailleurs détachés effectuant la même tâche au même endroit, la durée cumulée des périodes de détachement sur ce poste est prise en compte dès lors qu'elle dépasse six mois. Enfin, le droit du travail s'applique dès lors que le salarié détaché a effectué plusieurs missions dans un même État et que leur durée cumulée dépasse 24 mois.

La limitation du détachement va incontestablement dans le bon sens. Il apparaît néanmoins indispensable de la préciser, tant elle peut paraître à l'heure actuelle inopérante. Il convient de rappeler, à ce stade, que la moyenne d'un détachement en France atteint 47 jours. **La rédaction actuelle du texte laisse la possibilité de cumuler ces détachements sur différents postes dès lors que la somme de ces périodes n'atteint pas 24 mois. Il est donc possible d'imaginer qu'un travailleur détaché effectue des**

prestations de service 23 mois sur 24 dans un même pays sans qu'il ne soit concerné par l'application intégrale du droit du travail. Dans ces conditions, il convient d'apprécier la durée cumulée sur une période plus large. Le Gouvernement a fait part de sa volonté de promouvoir une période de référence de 36 mois. Votre rapporteur estime qu'il s'agit d'une piste de travail intéressante.

Par ailleurs, l'absence de prise en compte des détachements inférieurs à six mois dans le calcul des durées cumulées en cas de remplacement des salariés, peut apparaître comme une invitation à contourner le dispositif et fragiliser la portée dans la mesure. Votre rapporteur estime donc qu'il convient de supprimer ce seuil.

3. Les chaînes de sous-traitance

La Commission européenne propose qu'un État membre puisse imposer à l'ensemble de la chaîne de sous-traitance les mêmes règles de rémunération que celles qui lient le contractant principal, même si ces dispositions résultent de convention d'application non générale. Comme le met en avant la Commission européenne, si la loi nationale prévoit que le contractant ne peut sous-traiter qu'à des entreprises qui respectent la convention en matière de rémunération, l'État d'accueil peut appliquer la même règle au sous-traitant issu d'un autre État membre. Les sous-traitants devront donc, quel que soit leur rang dans la chaîne de sous-traitance et quel que soit l'État membre d'établissement, rémunérer les salariés au niveau de la rémunération de l'entreprise contractant principal. La Commission prend de la sorte acte de l'arrêt de la Cour de justice de novembre 2015. La mesure n'est, par ailleurs, pas limitée aux marchés publics mais peut s'appliquer à des relations contractuelles privées.

Reste que la rédaction retenue autorise les Etats à le faire sans les y obliger. Il est possible, par ailleurs, de s'interroger sur la chaîne de sous-traitance elle-même. Un donneur d'ordre dans le secteur de la construction peut-il imposer les conventions collectives à une entreprise de gardiennage à qui il a sous-traité la surveillance du chantier ? L'article devra donc être précisé au cours des prochaines discussions au Conseil.

4. Le recours aux agences d'intérim

La directive révisée prévoit, en outre, de garantir l'égalité de traitement entre travailleurs intérimaires locaux et travailleurs détachés par une société d'intérim d'un autre État membre. Douze Etats membres devront changer leur législation²³. Le principe du droit le plus favorable

²³ Autriche, Chypre, Croatie, Estonie, Finlande, Grèce Hongrie, Irlande, Lettonie, Portugal, Slovaquie et Slovénie.

s'impose pour des intérimaires détachés auprès d'une entreprise liée par des conventions collectives d'application non générale.

Le texte n'aborde pas véritablement la question de la réalité de l'activité des agences d'intérim et le risque que celles-ci s'avèrent être de véritables entreprises boîte aux lettres, sans activité dans le pays d'envoi. Aux termes de l'article 4 de la directive d'exécution, les autorités des pays d'accueil peuvent demander un certain nombre d'éléments en vue d'apprécier si l'entreprise qui détache ses salariés exerce réellement une activité substantielle dans le pays où elle est affiliée. La notion d'activité substantielle reste cependant relativement imprécise. **Afin de prévenir le recours à de faux détachements, il semble nécessaire d'aller plus loin en imposant des critères quantifiables : le chiffre d'affaires annuel d'une entreprise dans un pays d'accueil ne devrait pas dépasser 25 % de son chiffre d'affaires annuel. Ce critère doit être prédominant par rapport à ceux contenus dans le faisceau d'indices détaillés dans la directive d'exécution (lieu d'établissement du siège, lieu de recrutement, lieu d'exercice de l'activité, nombre de contrats exécutés ou montant du chiffre d'affaires réalisé dans l'État d'établissement).**

Il apparaît également indispensable de pouvoir s'assurer de l'antériorité du contrat à la prestation ainsi que sa solidité. La question de l'antériorité est déjà abordée par un règlement de 2009 en matière d'affiliation au régime de sécurité sociale²⁴. Toute personne détachée doit être, juste avant le début de son activité salariée, déjà soumise à la législation de l'État membre dans lequel est établi son employeur. **La décision A2 de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale (CACSS) en date du 12 juin 2009, précise « à titre indicatif », que l'exigence formulée par les termes « juste avant le début de son activité salariée » peut être considérée comme remplie si le salarié est affilié depuis un mois au régime de sécurité sociale de l'État d'envoi.** La même décision prévoit en outre qu'un délai de carence de deux mois s'impose entre deux détachements dans une même entreprise.

Cette décision, dont la portée est sujette à caution, n'est pas appliquée. Il s'agit donc d'aller plus loin en intégrant dans la norme européenne l'affiliation préalable à un régime de sécurité sociale et l'exercice avant le détachement d'une activité pour l'entreprise sur le territoire du pays d'envoi. Le Gouvernement porte l'idée d'une double contrainte « 3 mois + 3 mois », soit un trimestre d'affiliation et un trimestre d'exercice avant tout détachement. Votre rapporteur est favorable à cette proposition qui concernerait, au premier chef, les agences d'intérim et permettrait de juguler les phénomènes de « double détachement » : recrutement par une agence d'intérim d'un pays voisin puis détachement. Il convient de rappeler que le recrutement d'un travailleur en vue d'un

²⁴ Règlement (CE) n°987/2009 du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale

détachement immédiat est actuellement permis par le droit européen, mais tempéré en principe par la décision A2 visée plus haut²⁵.

5. La nécessaire révision du règlement « sécurité sociale » de 2004

Le maintien de l'affiliation au régime de sécurité sociale du pays d'envoi se justifie, en dépit de ses effets sur la concurrence, par l'impossibilité d'affilier à titre temporaire et pour des périodes réduites les salariés détachés. La gestion administrative de tels dossiers apparaît complexe, avec en filigrane la question de la portabilité des droits. Passé ce constat, rien n'interdit de mener à bien une réflexion sur l'adéquation du règlement de coordination des régimes de sécurité sociale avec la réalité du détachement, comme en témoigne la réflexion à mener sur l'affiliation préalable.

Votre rapporteur aurait également souhaité que la question de la révision du règlement de 2004 sur les régimes de sécurité sociale soit abordée en même temps que celle de la révision de la directive de 1996. Un examen conjoint aurait permis de mieux mettre en avant l'interconnexion des sujets et de mettre en lumière un certain nombre de dérives à l'image de la falsification des certificats dits A1. Ceux-ci sont transmis aux autorités des Etats d'accueil pour attester de l'affiliation à un régime de sécurité sociale. Il s'agit aujourd'hui de sécuriser ce formulaire, en y apposant par exemple une photo du détenteur. Ledit formulaire devrait également être envoyé préalablement au détachement, même si la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne n'impose aucun délai pour la délivrance d'une attestation²⁶. La Cour juge tout de même préférable que la délivrance intervienne avant le début de la période de détachement concernée. Par ailleurs, aux termes de l'arrêt *de Clercq* du 3 décembre 2014²⁷, les restrictions à la libre prestation de services sont admises s'il existe une raison impérieuse d'intérêt général qui ne soit pas déjà sauvegardée, propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et que la mesure restrictive soit proportionnée. **La Cour estime donc justifiée la législation belge en matière de détachement qui impose à l'employeur de travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services de déclarer ces travailleurs détachés à l'office belge de sécurité sociale. La loi belge impose, en outre, aux destinataires d'une prestation de services effectuée par des travailleurs détachés non seulement de contrôler, avant le début de la prestation, si l'employeur des travailleurs détachés a procédé à cette déclaration auprès de l'office de sécurité sociale, mais aussi, le cas échéant, de collecter**

²⁵ Article 14 du Règlement (CE) n°987/2009 du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

²⁶ Arrêt CJUE du 30 mars 2000 - Affaire C 178/97 *Bary Banks e.a. contre Théâtre royal de la monnaie*.

²⁷ Arrêt CJUE 3 décembre 2014 - Affaire C 315/13 *Edgard Jan De Clercq e.a.*

auprès desdits travailleurs, également avant tout début d'exécution de la prestation, leurs données d'identification ainsi que celles de leur employeur et de les transmettre aux autorités compétentes.

Il convient également de s'interroger sur la question de l'opposabilité du certificat A1. Codifiant un arrêt de la Cour de 2006²⁸, le règlement de 2009 cité plus haut dispose que le certificat établi par l'État d'envoi s'impose aux institutions des autres États membres aussi longtemps qu'ils ne sont pas retirés ou déclarés invalides par l'État membre où il a été établi. L'ambition affichée par la Cour puis par le législateur européen consiste à éliminer toute entrave à la libre prestation de services. Reste que la jurisprudence de la Cour a sensiblement évolué depuis 2006, comme en témoigne l'arrêt *de Clerq*. La Cour devrait, en outre, être amenée, dans les prochains mois, à préciser sa position sur la question de l'opposabilité à la suite d'un renvoi préjudiciel présenté par la Cour de Cassation française en octobre 2015. **Dans ces conditions, il ne paraît pas inopportun de demander que le certificat A1, fourni préalablement, puisse être déqualifié, dès lors qu'il existe de sérieux doutes quant à la réalité de l'affiliation du salarié détaché au régime de sécurité sociale du pays d'envoi.**

Plus largement, la question de la réalité de l'affiliation au régime de sécurité sociale doit être posée. Une solution pourrait consister, aux fins de contrôle, en un recouvrement direct par les États d'accueil des cotisations sociales. Cette solution a été portée par la mission commune d'information du Sénat sur la commande publique dans son rapport publié en octobre 2015²⁹. Celle-ci partait du principe que la fraude aux cotisations sociales constituait souvent le prolongement direct de la fraude au droit du travail. Ce dispositif faciliterait, en outre, le contrôle quant au salaire versé au travailleur détaché. Votre rapporteur est favorable à la mise en place d'un tel système.

C. UN ACCORD EST-IL ENVISAGEABLE ?

Les premières discussions au Conseil, niveau COREPER (Représentants permanents) organisées avant même la parution du texte ont mis en évidence l'opposition de fond de plusieurs pays (Hongrie, Lettonie, Pologne et République tchèque) à un nouveau texte. Ces États rappellent au préalable que la transposition de la directive d'exécution n'est pas achevée. Ils insistent sur le fait que les propositions de la Commission éliminent un avantage compétitif et réfutent l'assimilation à un quelconque dumping social, celui-ci étant défini comme un prix de prestation inférieur au prix de revient. La révision ciblée est, de fait, envisagée par eux comme une mesure

²⁸ Arrêt CJUE du 26 janvier 2006 – Affaire C 2/05 *Rijksdienst voor Sociale Zekerheid c/ Herbosch Kiere NV*.

²⁹ *Passer de la défiance à la confiance : pour une commande publique plus favorable au PME. Rapport d'information n°82 (2015-2016) de M. Martial Bourquin au nom de la mission commune d'information sur la commande publique du Sénat, présidée par M. Philippe Bonnecarrère.*

de discrimination à leur encontre, susceptible de créer des obstacles à la libre prestation de service, dans la lignée de l'arrangement négocié avec le Royaume-Uni. Ces pays regrettent par ailleurs la dissociation du texte d'avec celui prévu sur la coordination des régimes de sécurité sociale, ainsi que la faiblesse de l'étude d'impact accompagnant la proposition.

Les parlements de onze pays (Bulgarie, Croatie, Danemark, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, Roumanie, Slovaquie, République tchèque), soit plus d'un tiers des parlements nationaux, ont, par ailleurs jugé, le texte contraire au principe de subsidiarité et émis des avis motivés. Aux termes du protocole sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité, annexé au Traité de Lisbonne, dans le cas où les avis motivés sur le non-respect par un projet d'acte législatif du principe de subsidiarité représentent au moins un tiers de l'ensemble parlements nationaux, le projet doit être réexaminé (procédure dite du «carton jaune»)³⁰. La Commission peut décider, soit de maintenir le projet en l'état, soit de le modifier, soit de le retirer, en motivant cette décision. Il existe un précédent déjà lié à la question du détachement des travailleurs. En 2012, la Commission européenne a dû retirer une proposition qui tendait à subordonner le droit de grève des travailleurs détachés aux libertés économiques³¹. À l'initiative de la commission des affaires européennes, le Sénat avait alors estimé, comme onze autres chambres, que le texte était contraire au principe de subsidiarité atteignant ainsi le seuil du carton jaune³². La Commission européenne a, pour l'heure, réagi de manière informelle en indiquant que la révision ciblée respectait le principe de subsidiarité.

L'Allemagne et le Royaume-Uni ont exprimé pour l'heure une position d'attente, réservant de fait leur avis après le résultat du référendum britannique. L'Autriche, le Danemark et la Suède ont estimé que le texte était juste et équilibré. Les objectifs de la proposition de la Commission ont été également salués par l'Espagne, l'Italie et le Portugal qui souhaitent cependant que la transposition de la directive d'exécution soit achevée et que le Conseil puisse disposer de la proposition de révision du règlement de coordination des régimes de sécurité sociale.

En tout état de cause, deux minorités de blocage apparaissent aujourd'hui au Conseil. Un texte moins ambitieux que celui proposé actuellement par La Commission européenne ne pourrait recevoir l'assentiment de la France et des cosignataires de la lettre de juin 2015, ce qui

³⁰Article 7 du Protocole n°2 sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

³¹Proposition de règlement relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services (COM (2015) 128 final).

³²Résolution européenne portant avis motivé n°119 (2011-2012) sur la conformité au principe de subsidiarité de la proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives.

rendrait impossible son adoption. A l'inverse, les opposants au texte actuel constituent également une minorité de blocage.

C'est dans ce contexte que votre rapporteur vous propose d'adopter une proposition de résolution européenne destinée à saluer la démarche de la Commission européenne et à appuyer les demandes du Gouvernement lors des négociations. Cette résolution sera doublée d'un avis politique qui en reprendra les termes et sera transmis directement à la Commission européenne, dans le cadre du dialogue politique noué avec elle depuis 2005.

EXAMEN PAR LA COMMISSION

La commission des affaires européennes s'est réunie, le jeudi 26 mai 2016, pour l'examen du présent rapport. À l'issue de la présentation faite par M. Éric Bocquet, le débat suivant s'est engagé :

M. Jean-Yves Leconte. – L'alinéa 18 me semble déjà satisfait. À partir du moment où la société fait une prestation de service, elle la facture et on ne peut pas accepter de facture sans numéro de TVA.

M. Claude Kern. – Merci pour cet excellent travail. Cette résolution est très attendue. J'ai vécu deux ou trois cas dans mon département où les travailleurs détachés étaient hébergés comme des bêtes, sans eau courante, ni électricité, dans les champs, dans un cabanon. Dans certaines prisons, les détenus sont mieux logés que les travailleurs.

M. Jean Bizet, président. – Pourriez-vous expliciter la période des 24 et 36 mois ? Nous verrons comment cette proposition de résolution évoluera. Il serait bon d'établir une fiche synthétique. Nous sommes souvent interpellés sur le terrain et il faut que nous puissions répondre.

M. André Gattolin. – Les questions reviennent sur les mêmes sujets de manière directe et précise. Cette fiche serait presque un outil de communication.

M. Jean Bizet, président. – Durée des séjours, salaires, conditions de travail : sur tous ces sujets, nous pourrions échanger avec la chambre des métiers.

M. Éric Bocquet. – Concernant l'alinéa 18, l'Office central de lutte contre le travail illégal nous a dit que le droit n'autorisait pas que les bases de données soient utilisées à d'autres fins que celles pour lesquelles elles ont été créées.

M. Jean-Yves Leconte. – Si une entreprise fait un devis, elle donne son numéro de TVA qui figure dans la base publique. La seule difficulté, c'est lorsqu'un pays n'actualise pas correctement sa base.

M. Éric Bocquet. – Les conditions d'hébergement ont déjà été évoquées dans le rapport précédent. D'abondants témoignages attestent de conditions innommables. Ils sont l'illustration dramatique de situations inqualifiables, dont il est bon de rappeler l'existence dans ce texte.

M. Pascal Allizard. – *Quid* d'un citoyen français qui créerait sa société à l'étranger puis serait détaché sur une prestation en France ? Il pourrait ainsi contourner les problèmes de sécurité sociale, des caisses de retraite, etc. ? Est-ce que la résolution en tient compte ?

M. Jean-Yves Leconte. – Ce citoyen ne peut pas faire autrement. Il est citoyen européen. Il a le même droit que les autres.

M. Pascal Allizard. – C'est une déclinaison de la loi El Khomri.

M. Éric Bocquet. – On serait dans le cas d'un faux détachement. Plusieurs sociétés ont déjà utilisé ce système, notamment dans le secteur des transports. Je pense, par ailleurs, qu'il n'est nul besoin de la loi El Khomri pour gagner de la compétitivité.

M. Jean-Yves Leconte. – Les PME et les TPE des pays d'envoi ne sont souvent pas familières des contraintes et des modes de fonctionnement prévus par le droit européen. Je plaide pour une procédure de déclaration préalable centralisée au niveau européen. Sans cela, il n'y a pas de suivi possible du processus.

M. Éric Bocquet. – On peut faire les plus belles règles du monde. Si le contrôle fait défaut, l'imagination a le champ libre pour tous les types de fraudes. Sur la durée des 24 ou 36 mois, je relis le rapport : *« La durée de 24 mois est réputée prévue ou effective. La mesure s'applique donc de fait dès le premier jour où il devient prévisible que le détachement durera plus de 24 mois. Par ailleurs, à la différence du règlement de 2004, la période de 24 mois n'est pas individualisée. En cas de remplacement de travailleurs détachés effectuant la même tâche au même endroit, la durée cumulée des périodes de détachement sur ce poste est prise en compte dès lors qu'elle dépasse 6 mois. Enfin, le droit du travail s'applique dès lors que le salarié détaché a effectué plusieurs missions dans un même État et que leur durée cumulée dépasse 24 mois. La limitation du détachement va incontestablement dans le bon sens. Il apparaît nécessaire de la préciser tant elle peut paraître à l'heure actuelle inopérante. La moyenne des détachements en France atteint 47 jours. La rédaction actuelle du texte laisse la possibilité de cumuler ces détachements sur différents postes dès lors que la somme de ces périodes n'atteint pas 24 mois. Il est donc possible d'imaginer qu'un travailleur détaché effectue des prestations de services 23 mois sur 24 sans qu'il ne soit concerné par l'application intégrale du droit du travail. Dans ces conditions, il convient d'apprécier la durée cumulée sur une période plus large. Le Gouvernement a fait part de sa volonté de promouvoir une période de référence de 36 mois ».* C'est une piste intéressante.

M. Jean Bizet, président. – Je vous remercie pour ces réponses.

À l'issue du débat, la commission des affaires européennes a autorisé la publication du rapport d'information et adopté, à l'unanimité, la proposition de résolution européenne, ainsi que l'avis politique qui en reprend les termes et qui sera adressé à la Commission européenne.

*

À l'issue du débat, la commission des affaires européennes a autorisé la publication du rapport d'information et adopté, à l'unanimité, la proposition de résolution européenne, ainsi que l'avis politique qui en reprend les termes et qui sera adressé à la Commission européenne.

PROPOSITION DE RÉSOLUTION EUROPÉENNE

- ① Le Sénat,
- ② Vu l'article 88-4 de la Constitution,
- ③ Vu l'article 57 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,
- ④ Vu l'article 151 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,
- ⑤ Vu la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services,
- ⑥ Vu la directive 2014/67/UE du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n°1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur,
- ⑦ Vu le règlement (CE) n°883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale,
- ⑧ Vu le règlement (CE) n°987/2009 du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale,
- ⑨ Vu le règlement (CE) n°1072/2009 du 21 octobre 2009 établissant des règles communes pour l'accès au marché du transport international de marchandises par route,
- ⑩ Vu la proposition de directive modifiant la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (COM (2016) 128 final) ;
- ⑪ Estime que le détachement des travailleurs doit permettre de répondre à un manque de main d'œuvre dans un secteur précis et faciliter la mobilité au sein de l'Union européenne ;
- ⑫ Constate que la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et le règlement (CE) 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale ont pu conduire à faire émerger des distorsions de concurrence et des pratiques de concurrence sociale déloyale entre les entreprises au sein de l'Union européenne et ne protègent pas suffisamment les droits des travailleurs détachés ;

- ⑬ Salue le souhait de la Commission européenne de réviser la directive 96/71/CE afin de garantir l'égalité de traitement des salariés exerçant une même tâche au même endroit et estime cependant que les avancées sont insuffisantes ; regrette que la révision du règlement (CE) 883/2004 soit reportée et souhaite une modification du règlement (CE) n°987/2009 du 16 septembre 2009 qui en fixe les modalités d'application ;
- ⑭ Considère que le texte révisé de la directive 96/71/CE devrait faire référence à l'article 151 du Traité sur le fonctionnement l'Union européenne sur les objectifs sociaux de l'Union européenne ;
- ⑮ Regrette que cette révision ne s'applique pas au secteur des transports ; considère que l'application aux opérations de cabotage de la directive 96/71/CE ne doit pas se limiter à une mention dans un considérant ;
- ⑯ Juge indispensable que le salarié détaché soit affilié depuis au moins trois mois au régime de sécurité sociale dans l'Etat d'établissement de l'entreprise qui le détache et qu'il ait exercé une activité au sein de cet entreprise et de cet Etat durant au moins trois mois ;
- ⑰ Estime que le chiffre d'affaires annuel d'une entreprise pris en compte dans un autre pays que celui où elle est établie ne devrait pas dépasser 25 % de son chiffre d'affaires annuel ;
- ⑱ Souhaite que la base de données européenne VIES qui contient les numéros d'immatriculation à la TVA pour les transactions transfrontières puisse être utilisée aux fins de contrôle de l'existence réelle de la société qui détache dans le pays d'établissement ;
- ⑲ Approuve la décision de limiter la durée du détachement à 24 mois mais estime que cette durée doit être appréciée dans le cadre d'une période de référence de 36 mois ;
- ⑳ Considère que l'absence de prise en compte des détachements inférieurs à six mois dans le calcul des durées cumulées en cas de remplacement des salariés peut constituer une incitation à contourner la limitation de la durée de détachement ; demande, en conséquence, la suppression de ce seuil ;
- ㉑ Juge indispensable que la rémunération prévue par conventions à portée restreinte, régionales ou établies au niveau de l'entreprise, s'applique aux salariés détachés, sous peine, dans le cas inverse, de créer de nouveaux risques de concurrence sociale déloyale ;
- ㉒ Souhaite que la mention de conditions d'hébergement dignes des travailleurs soit intégrée dans le « noyau dur » prévu à l'article 3 de la directive 96/71/CE ;
- ㉓ Estime indispensable que l'application des règles en matière de rémunération s'impose à toute la chaîne de sous-traitance et regrette que le

dispositif prévu par le texte COM (2016) 128 final ne soit pas obligatoire ; demande que soient précisées les règles quant à cette application dès lors que la chaîne de sous-traitance regroupe des entreprises dont les conventions collectives ne sont pas identiques ;

- ②④ Considère que le certificat A1 d'affiliation au régime de sécurité sociale du pays d'établissement doit être fourni préalablement à toute opération de détachement sous peine de sanctions ; souhaite qu'il puisse être inopposable, dès lors qu'il existe des doutes sérieux quant à la réalité de l'affiliation du salarié détaché au régime de sécurité sociale du pays d'établissement ;
- ②⑤ Souhaite, aux fins de contrôle de la réalité de l'affiliation à un régime de sécurité sociale et du montant de la rémunération versée, que soit mis en place un système de recouvrement des cotisations sociales visant les travailleurs détachés par les Etats membres d'accueil qui les reverseraient ensuite aux Etats où les entreprises sont établies ;
- ②⑥ Invite le gouvernement à soutenir ces orientations et à les faire valoir dans les négociations en cours.

LISTE DES PERSONNES AUDITIONNÉES

- M. Jackie Morin, chef de l'Unité Mobilité des travailleurs à la DG Emploi de la Commission européenne ;

- M. Jean-François Bourdais, chef du secteur TESC -Travail, emploi, santé, culture, audiovisuel, jeunesse, sport, Secrétariat général aux affaires européennes (SGAE) ;

- Mmes Anne Thauvin, chef du bureau relations individuelles du travail et Christelle Akkaoui, adjointe au chef du bureau, Direction générale du travail, Ministère du travail, de l'emploi et de la formation ;

- MM. Jean Grosset, secrétaire général adjoint de l'UNSA, membre du Conseil économique, social et environnemental, rapporteur de l'avis sur « Les travailleurs détachés » et Xavier Guillard, administrateur adjoint de la section du travail et de l'emploi ;

- M. Jacques Letort, vice-président et Mmes Laetitia Assali, directrice des affaires sociales et Klervi Le Lez, chargée d'études ; Fédération française du bâtiment (FFB) ;

- M. Albert Quenet, premier vice-président, Mme Cécile Sauveur, directrice du pôle juridique et M. Dominique Proux, directeur des relations institutionnelles et européennes, Confédération de l'Artisanat et des Petites Entreprises du Bâtiment (CAPEB) ;

- M. Christian Le Lann, président de la Chambre des métiers et de l'artisanat de Paris ;

- Colonel Yannick Herry et lieutenant-colonel Gérard Cligny, Office de lutte contre le travail illégal (OCLTI).