

Travail détaché et mobilité équitable : quelle compatibilité ?

Isabelle Desbarats
Professeur, Université Toulouse-Capitole, CDA

In Mélanges en l'honneur de Corinne Saint-Alary-Houin - Un droit « positif », un droit de progrès », LGDJ, 2020

« *La liberté de circulation des travailleurs est au cœur de la construction européenne depuis ses débuts. Considérée comme un double facteur d'efficacité économique et d'unification politique, elle fut inscrite dès 1951 dans le traité de Paris créant la (CECA) et est aujourd'hui consacrée par l'article 45 du traité sur le fonctionnement de l'UE* »¹. Si ce principe constitue l'un des supports de l'activité économique, celle-ci peut être exercée à d'autres titres. D'abord, elle peut l'être par un travailleur indépendant dans le pays d'accueil, ce qui relève de la *liberté d'établissement* lorsque celui-ci s'y établit. Ensuite, c'est dans le cadre de la *libre prestation de service* énoncé à l'article 56 TFUE, qu'une entreprise offrant ses services dans un Etat membre peut temporairement les fournir dans un autre Etat, sans devoir y être établie mais en y détachant, si besoin est, ses salariés, ce dont il ressort cette conséquence: un tel détachement ne relève pas de la libre circulation des travailleurs mais de la liberté de prester².

Or, s'il est une forme de mobilité décriée, c'est bien celle d'un tel détachement dans le cadre d'une prestation transfrontalière laquelle, si elle contribue aux objectifs communautaires (une « *économie sociale de marché hautement compétitive* ») est également source d'appréhensions. Le fait est que celles-ci prospèrent dans un contexte marqué par une grande hétérogénéité des systèmes juridiques, sociaux et fiscaux, qui permet d'alimenter « des discours (accusant) certains États de réduire le détachement des travailleurs à un *business model* permettant aux entreprises d'exercer (...) une concurrence déloyale sur les marchés de travail des autres États (...)»³. Alors que, pour « la Commission, le développement de la mobilité des travailleurs est un signe de l'approfondissement de l'intégration européenne »⁴, la défiance suscitée par cette forme de mobilité s'accroît d'autant plus qu'elle est en augmentation même si celle-ci est difficilement évaluable. En effet, « les données européennes permettant d'effectuer des comparaisons entre pays ne sont pas exhaustives (et) la France ne dispose de chiffres robustes que depuis l'automne 2016 »⁵: reste que, d'après le Ministère du travail, les travailleurs détachés en France étaient plus de 516 000 en 2017, soit 1,8 % de la population active (...). La France serait ainsi le deuxième pays d'accueil de travailleurs détachés, largement après l'Allemagne mais avant la Belgique et l'Autriche, les secteurs visés étant ceux de la construction et des services à la personne, sans doute en raison de leurs difficultés de recrutement⁶. Quant aux pays d'origine, la Pologne est le premier, suivie par l'Espagne et le Portugal, les Etats limitrophes étant également concernés puisque leurs ressortissants représentent près de la moitié des détachés en France.

¹ S. Villemot, La mobilité du travail en Europe, L'économie Européenne, 2018, pp 44-55

² CJCE, 27 mars 1990, Rush Portuguesa, C-113/89, Rec, 1990, p 1

³ M. Morsa, Le travail détaché dans l'Union européenne : enjeux juridiques et économiques, Informations sociales 2016/3, n°194, pp 82 à 94

⁴ <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/pages-europe/pe000099-le-travail-detache-en-france-et-dans-l-union-europeenne>

⁵ Cour des comptes, Rapport public annuel, février 2019

⁶ https://ec.europa.eu/france/news/20180326_decodeursue_travailleurs_detaches_fr

Certes, on ne saurait alors nier que les craintes suscitées par le travail détaché trouvent leurs sources, non seulement dans son importance numérique, mais aussi dans sa complexité juridique, propice à une instrumentalisation de cette forme de travail, voire terreau de fraude (I). Est-ce à dire que la solution pourrait consister en une interdiction de ce type de mobilité ? Une réponse négative s'impose pour cette raison déjà que, principal Etat de destination, la France est également l'un de ceux qui « profite (le plus) de cette facilité du marché unique pour ses propres ressortissants. Au surplus, comment occulter le fait que « 'sortir' (...) du régime des travailleurs détachés ne pourrait pas se faire sans une sortie de l'UE »? (En effet,) « refuser d'appliquer le droit communautaire, notamment celui de la liberté de circulation des services dont dépend la directive sur les travailleurs détachés mettrait Paris en situation d'illégalité. Et le sujet serait en toute logique porté par la Commission européenne devant la Cour de Justice de l'Union européenne »⁷. Voilà pourquoi mieux vaut se focaliser sur les moyens d'éradiquer la concurrence déloyale, même si cette tâche s'apparente à un travail de Sisyphe (II). L'enjeu est de taille puisqu'il s'agit de faire du détachement de travailleurs une forme équitable de mobilité.

I- Le travail détaché : un statut social éclaté, terreau de fraude.

A la question de savoir quel droit appliquer aux détachés, c'est une réponse illustrative d'une triple complexité que le juge puis le législateur, communautaire et national, ont apportée : difficultés de conciliation entre plusieurs systèmes nationaux de relations industrielles et de protection sociale ; problématique de la concurrence sociale par les coûts ; tensions autour d'une « Europe qui protège », dans un contexte marqué par une réactivation du clivage Est/Ouest. Il en ressort un régime compliqué, dont le double éclatement - juridique (A) et géographique (B) - favorise une rivalité entre systèmes nationaux avec, à la clef, des effets politiques délétères.

A/ Eclatement juridique et enchevêtrement des règles

S'il est un « régime d'emploi »⁸ complexe, c'est bien celui du travailleur détaché par son employeur dans un autre Etat où celui-ci est implanté, en application du principe de libre circulation de service. Complexe, un tel statut l'est en effet puisque les règles de détermination de la loi du travail applicable ne sont pas les mêmes que pour l'identification du régime de protection sociale. Si, plus précisément, les règles applicables dans le premier cas sont le fruit d'une combinaison entre la loi du pays d'accueil et celle du pays d'origine, la loi applicable dans le second est celle du pays d'origine : une architecture juridique alambiquée aux effets déstabilisateurs sur le plan politique et économique.

C'est ainsi que, par exception au principe de territorialité des régimes de sécurité sociale, la règle du paiement des cotisations et du rattachement au régime du pays d'activité est écartée par les règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale⁹, ce dont il ressort que, si les conditions en sont remplies, le travailleur détaché reste soumis à son régime d'origine et que les cotisations demeurent dues à ce titre : une mise à l'écart du principe justifié par le souci de faciliter la mobilité intra-européenne et d'éviter des « ruptures d'affiliation dommageables pour les salariés détachés »¹⁰, mais dont les effets s'avèrent redoutables. En effet, favorable aux entreprises implantées dans des Etats caractérisés par un faible niveau de prélèvements sociaux, ce principe peut pousser celles établies dans des Etats où le coût du travail est élevé à recourir

⁷ C. Barbière, Fact-checking : annuler la directive travailleurs détachés, une proposition impossible (<https://www.euractiv.fr>)

⁸ Cour des comptes, Rapp préc, fév 2019

⁹ Règlements 883/2004 et 987/2009

¹⁰ A. Math, L'envoi de migrants détachés dans le cadre de la libre prestation de service transfrontalière. Quel risque pour les systèmes de protection sociale ?, RDSS n°4/2005, p.570

« à la sous-traitance transnationale par l'envoi de migrants détachés »¹¹ : là se trouve, ainsi qu'on y reviendra, la raison pouvant inciter certaines entreprises à flirter avec la fraude. Quant à la loi du travail applicable, elle diffère de la précédente en ce que, loin d'être une, elle repose sur un entrecroisement de règles issues tout à la fois du pays d'origine et du pays d'accueil : un entrelacement de normes qu'une série de textes communautaires et nationaux ont complexifié au fil du temps. Rappelons ainsi qu'en vertu de la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 adoptée pour pallier les limites du droit international privé, le principe est celui de la soumission du travailleur détaché à son droit d'origine, sous réserve d'un « noyau dur » de règles du pays d'emploi. Puis, c'est à la demande notamment de la France que cette directive fût complétée par une directive dite d'exécution¹² laquelle précisa la notion de détachement, les responsabilités des donneurs d'ordres et maîtres de l'ouvrage ainsi que les obligations administratives encadrant le travail détaché. Ultime étape : c'est à l'issue d'après négociations entre pays de l'Ouest et de l'Est et au prix d'une exclusion du secteur routier, que la directive de 1996 a été révisée par celle du 28 juin 2018¹³, laquelle apporte les changements suivants : un renforcement des droits des travailleurs intérimaires ; la fixation d'une durée maximale du détachement ; un enrichissement du « noyau dur » censé garantir des conditions de rémunération équitables et de concurrence égales. D'une part, alors que ce « noyau dur » ne concernait que le salaire minimum, ce sont, à l'avenir, toutes les rémunérations des travailleurs détachés qui devront être conformes aux règles de l'État d'accueil au nom du principe « à travail égal, salaire égal ». D'autre part, ce sont toutes les conventions collectives d'application ou d'effet général qui seront applicables pour les matières relevant du « noyau dur », et non plus seulement celles du secteur de la construction. Enfin, les États pourront imposer l'ensemble des conditions de travail et d'emploi de l'intérim aux salariés détachés. Ce faisant, c'est bien d'un « régime d'emploi »¹⁴ alambiqué dont les détachés bénéficient : une situation née du hiatus observé entre droit du travail et protection sociale et dont l'existence contribue à une mise en concurrence des systèmes juridiques, bref au recours à des pratiques se voulant de simple optimisation mais côtoyant la fraude.

B/ Eclatement géographique et mise en concurrence des systèmes

Abus, irrégularité, fraude ou simple optimisation des règles et des systèmes... ?

Alors que la lutte contre le travail non déclaré demeure une préoccupation majeure des pouvoirs publics en raison du manque à gagner pour les finances publiques¹⁵, ce combat se heurte à deux obstacles au moins. Sans parler de son absence de définition précise¹⁶, le premier est celui du caractère protéiforme de la fraude, tant sont divers les leviers pouvant être actionnés par les acteurs pour échapper à leurs obligations sociales et/ou fiscales. Le second est relatif à la variabilité des comportements pouvant être ainsi qualifiés, ceux-ci évoluant selon les secteurs économiques.

Si, pour ces raisons, plusieurs typologies ont été formulées¹⁷, une autre classification souligne comment l'éclatement des règles juridiques applicables au travail détaché peut conduire à un éclatement géographique et donc à une mise en concurrence des systèmes : elle distingue entre pratiques reflétant soit une violation du droit du détachement, soit un contournement de celui-ci, soit son détournement.

¹¹ A. Math, préc.

¹² Directive 2014/67/UE du 15 mai 2014, transposée par la loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014

¹³ Dir. 2018/957/UE du 28 juin 2018

¹⁴ Cour des comptes, Rapp préc.

¹⁵ Conseil des prélèvements obligatoires, La fraude aux prélèvements obligatoires et son contrôle, 2007, pp 1

¹⁶ Conseil des prélèvements obligatoires, rapp préc, pp 1 et s

¹⁷ Cour des comptes, Rapp préc ; CESE, Les travailleurs détachés, sept 2015

C'est ainsi, d'abord, que certaines pratiques s'appuient pour prospérer sur une véritable *violation des règles*, qu'il s'agisse de l'omission des formalités déclaratives, de celle d'une autorisation de travail conduisant au recours à des personnes en situation irrégulière, ou encore du non-respect du « noyau dur ». Ensuite, c'est à un *contournement du droit du détachement* que certaines pratiques peuvent aboutir, comme l'illustrent deux exemples. En premier lieu : le recours au « faux travailleur indépendant » qui n'exerce aucune activité dans son pays d'origine, avec lequel une entreprise contracte et qui est affecté au service d'une entreprise tierce. Seconde pratique: le recours au régime des pluriactifs, d'autant plus facilité que « *la distinction entre le caractère habituel d'une pluriactivité distribuée sur le territoire de plusieurs Etats membres et la notion de détachement temporaire (...) est tenue* »¹⁸. Enfin, c'est un *détournement du droit du détachement* que certaines pratiques d'entreprise illustrent, via une instrumentalisation du droit des sociétés et des statuts d'emploi. Sociétés « *boîtes à lettres* », « *réservoirs de main-d'œuvre* » ou « *coquilles vides* » : telles sont les principales « *structures (mettant) en place des dispositifs sophistiqués pour justifier que (des) salariés migrants ne (relèvent) pas de la législation sociale du pays où ils travaillent* »¹⁹. Leur point commun : constituer des « *société(s) de domiciliation utilisée(s) par une entreprise issue d'un autre pays où les cotisations sociales sont plus élevées* »²⁰, afin de permettre à celle-ci de « détacher » des travailleurs ainsi soumis à un plus faible niveau de prélèvements.

S'agit-il alors de stratégies d'optimisation reflétant le souci d'exploiter les règles légales mais demeurant permises ? Ou bien de comportements juridiquement condamnables parce que frauduleux ? Si la réponse ne va pas de soi, un constat s'impose: il s'agit là de pratiques suscitant la méfiance des pouvoirs publics, au point de les amener à faire de la mise en échec du droit du détachement un combat majeur à l'issue néanmoins incertaine.

II- L'éradication de la violation du droit du détachement : un travail de « Sisyphe » ?

Incontestablement, c'est une lutte tenace que les pouvoirs publics, notamment français, mènent contre le détournement des règles du détachement (A) : un objectif auquel devrait contribuer la future autorité européenne du travail. Pour autant, force est de constater l'incomplétude de cette lutte contre une concurrence par le coût du travail. Au cœur de la problématique : celle de la couverture sociale des travailleurs détachés qui constitue le « maillon faible » de la lutte contre la fraude ; un obstacle dont la levée ne peut être le fait des pouvoirs publics nationaux, ce qui entrave leur action (B).

A/ A la périphérie : un renforcement continu de l'arsenal anti-fraude

C'est dans trois directions que la France développe ses actions afin de mieux identifier, contrôler et sanctionner les pratiques d'entreprises jugées frauduleuses mais aussi pour responsabiliser ceux y ayant recours.

D'abord, c'est une réponse administrative qui est apportée, comme en témoigne l'alourdissement des obligations imposées à l'employeur des travailleurs détachés: en ce sens, la création d'une obligation de déclaration préalable de détachement et de désignation d'un représentant, les sanctions encourues pouvant aller jusqu'à 500 000 euros d'amende.

Deuxième axe : une responsabilisation croissante des donneurs d'ordre (DO) et maîtres de l'ouvrage (MO) recourant à des entreprises étrangères détachantes. Sous peine de sanctions, DO et MO sont désormais tenus d'une obligation de vigilance les contraignant à vérifier le respect, par le prestataire étranger, de ses obligations administratives. Par ailleurs, c'est à

¹⁸ CESE, préc, p 26

¹⁹ CESE, préc, p 26

²⁰ Rapport d'information n° 527 de Mr E. Bocquet, 18 avril 2013, p. 22-23

l'égard des conditions d'hébergement des travailleurs détachés que DO et MO doivent se montrer être vigilants. Enfin, tenus d'enjoindre à l'employeur de respecter la rémunération minimale, le DO et/ou le MO encourt une sanction décisive à défaut de régularisation : dénonciation du contrat litigieux ou obligation solidaire au paiement des rémunérations ainsi que des contributions sociales dues lorsque le salarié détaché relève d'un régime français de sécurité sociale.

Dernier angle d'attaque : un renforcement continu des contrôles et des sanctions encourues, qu'il s'agisse de la suspension temporaire d'activité, du prononcé de peines d'affichage de la condamnation, de l'interdiction de percevoir des aides publiques ou bien d'une fermeture temporaire de l'établissement par le préfet. A noter que, sous le premier aspect, deux lois ont renforcé le droit de communication des agents de contrôles en leur permettant d'accéder, d'une part, à tout document « utile » à « la recherche et la constatation des infractions constitutives de travail illégal », sans que leur soit opposé le secret professionnel²¹, et, d'autre part, à divers fichiers détenus par l'administration fiscale²² : ces nouveaux dispositifs devraient « *permettre de combattre plus efficacement les montages mis en place par certaines sociétés et destinés à dissimuler l'existence d'une activité habituelle stable (afin d'échapper) au paiement des cotisations sociales en se prévalant artificiellement du régime du détachement (...)* »²³. A noter aussi que, s'agissant des sanctions encourues, la peine d'affichage et/ou de diffusion de la condamnation de travail dissimulé est désormais obligatoire pour les infractions commises notamment en bande organisée, avec les risques réputationnels en résultant.

Même si les obstacles restent nombreux²⁴, l'action publique s'appuie donc sur « une palette de réponses administratives ou pénales »²⁵ pour combattre la fraude : devrait également y participer la directive relative à des conditions de travail transparentes et prévisibles dans l'Union, destinées à remplacer celle du 14 octobre 1991, et qui vise spécifiquement les travailleurs détachés. Cependant, « le cœur » du problème est-il atteint ? On peut en douter.

B/ Au cœur : de l'incomplétude des actions de lutte contre une concurrence par les coûts

Adoptée pour transposer la directive du 28 juin 2018, l'ordonnance n° 2019-116 du 20 février 2019 qui entrera en vigueur le 30 juillet 2020 introduit trois changements.

D'une part, la durée du détachement est limitée à 12 mois avec une prolongation possible de 6 mois, de sorte qu'au-delà, les détachés en France devront bénéficier de toutes les dispositions du droit interne, à l'exclusion de certaines d'entre elles: le but est qu'en cas de détachement de longue durée, la situation du travailleur détaché se rapproche autant que possible de celle des locaux.

D'autre part, le texte prévoit de nouvelles obligations d'information en cas de détachement recourant au travail temporaire, qui seront également mieux contrôlées. Plus précisément, et pour garantir une égalité de rémunération avec les travailleurs locaux, l'entreprise utilisatrice devra informer celle située hors de France des règles applicables en matière de rémunération pendant la durée du détachement.

Troisième évolution : un renforcement du « noyau dur » des matières pour lesquelles les règles de l'État d'accueil (légalles et conventionnelles, dans la branche d'activité concernée) devront bénéficier aux salariés détachés comme aux « locaux ». En effet, si, jusqu'à présent, les travailleurs détachés bénéficiaient des mêmes droits que les salariés employés dans la même

²¹L. n° 2018-771 du 5 septembre 2018, JORF du 6 sept.

²² L. n° 2018-898 du 23 octobre 2018, JORF du 24 oct

²³ J. Farah, Du travail clandestin au faux détachement (<https://www.effl.fr/actualites/social/contrat-de-travail/>)

²⁴ La Cour des comptes appelle à renforcer la lutte contre les fraudes au détachement, Liais. Soc Europe, n° 471, 18 avril 2019

²⁵ Cour des comptes, Rapp préc,

branche d'activité, seul était visé le salaire minimum. Or désormais, seront également concernés les « remboursements effectués au titre de frais professionnels (...), supportés par le salarié détaché, (...), en matière de transport, de repas et d'hébergement ». Autre changement : il ne sera plus fait référence au « salaire minimum » et aux « accessoires de salaire » mais à la « rémunération », c'est-à-dire au « salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et à tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au salarié en raison de l'emploi de ce dernier ».

Certes, ce principe d'égalité de traitement entre salariés détachés et locaux devrait alors avoir pour effet, non seulement d'améliorer les droits des premiers, mais aussi de lutter plus efficacement contre la concurrence déloyale dont sont victimes les seconds ainsi que leurs employeurs. Soutenue par la France, l'affirmation de ce principe peut-elle cependant suffire pour supprimer la concurrence par les coûts ? Une réponse négative s'impose puisque, en matière de sécurité sociale, les travailleurs détachés demeurent affiliés au régime de l'Etat d'origine, tant que le détachement n'excède pas 24 mois : une solution d'autant plus lourde de conséquences qu'elle ne peut être que difficilement écartée en raison de la portée octroyée au certificat A1, délivré par les institutions compétentes du pays d'origine. En effet, attestant de la législation de sécurité sociale applicable et établissant que les cotisations sociales n'ont pas à être versées dans l'Etat d'emploi, ce certificat s'impose en principe aux institutions et aux juridictions des autres États membres (notamment celui où l'activité est exercée) aussi longtemps qu'il n'est pas retiré ou déclaré invalide par l'État où il a été établi²⁶ : reposant sur le principe de confiance mutuelle, ce raisonnement a ainsi pour effet de créer une présomption de régularité du certificat s'imposant aux autorités du pays d'accueil, mais également de conférer une certaine sécurité, voire une forme d'impunité aux entreprises détachantes.

Conséquences ? « La construction juridique (résultant) de la combinaison des textes communautaires de sécurité sociale, de la jurisprudence de la CJUE et de (celle) de la Cour de cassation sur (ce) certificat (semble faire) perdre tout contrôle (...) à la France à l'égard d'une des causes essentielles du travail illégal et du dumping social sur son territoire qu'est le non-paiement des cotisations sociales générées par du détachement indu de salarié »²⁷, cela, y compris dans les cas où la réalité du détachement paraît douteuse et où il pourrait sembler justifié de déqualifier ces certificats. C'est dire que « la politique de lutte contre le travail illégal et le dumping social dépend du bon vouloir des institutions de sécurité sociale d'autres Etats (...), seule une modification des textes communautaires de sécurité sociale (étant donc) de nature à désacraliser (ce) certificat (...) et à permettre au juge national de l'Etat (...) d'emploi (...) d'écarter ce formulaire administratif »²⁸ au cas où il serait utilisé indûment.

Certes, une telle réforme semble peu probable parce que rejetée par les « Etats (...) qui exportent du dumping social et (qui) perçoivent dans ce contexte commercial des cotisations sociales »²⁹. Cependant, cette « politique de concurrence par les coûts telle que pratiquée par certains PECO » n'est-elle pas en passe « de mener à une impasse » dont ceux-ci risquent d'être victimes ? Un argument en ce sens : le fait qu'une telle politique « aboutit à l'émigration de travailleurs qualifiés qui quittent leur pays pour bénéficier de salaires, de conditions de travail et de retraites qui correspondent à leur attente »³⁰. Il est à craindre, en outre, que la mise en œuvre d'une telle stratégie de dumping social contribue à maintenir " la région dans un rôle de

²⁶ Au niveau communautaire (CJUE, 10 fév. 2000, aff C-202/97 ; CJUE, 27 avr. 2017, aff. C-620-15), au niveau national (Cass. crim., 18 sept. 2018, n^{os} 15-80.735, 15-81.316, 13-88.631, 13-88.632) ; Cass. 2^e civ., 20 déc 2018, n^o 17-21.706

²⁷ H. Guichoua, Certificat de détachement frauduleux mais opposable, (<https://www.herveguichaoua.fr/>).

²⁸ H. Guichoua, art préc.

²⁹ H. Guichoua, art préc.

³⁰ S. Picard et Ph. Pochet, La saga du détachement des travailleurs : un concentré d'enjeux de l'Europe sociale, Politiques économiques, sociales et de l'emploi en Europe, n^o 6/2018

*subordination et de dépendance dans la division internationale du travail*³¹ : une situation dont nul ne peut se satisfaire.

³¹ B. Galgóczi, Why central and eastern Europe needs a pay rise, ETUI, 2017