



CHAMBRE DES SALAIRES  
LUXEMBOURG

***Proposition de Directive de la Chambre des  
salariés relative à l'exécution de la Directive  
sur le détachement des travailleurs :  
synthèse et critique***

**Luxembourg, le 8 octobre 2013**

18 rue Auguste Lumière L-1950 Luxembourg  
B.P. 1263 L-1012 Luxembourg  
T. +352 48 86 16-1 F. +352 48 06 14  
csl@csl.lu www.csl.lu

## La proposition de Directive relative à l'exécution de la Directive sur le détachement des travailleurs : synthèse et critique

Depuis longtemps déjà, il est question de réviser la Directive relative au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de service. En effet, ce texte adopté en 1996 ne semble plus remplir les objectifs qui lui avaient été assignés : garantir une **concurrence loyale** et le **respect des droits des travailleurs détachés** au sein de l'Union.

Dans la pratique, cette Directive conçue comme un instrument de lutte contre le **dumping social** a été assez largement détournée dans le cadre de stratégies dites « **d'optimisation sociale** ».

De plus, en **2007 et 2008**, la Cour de justice a rendu une **série d'arrêts** (Viking, Laval, Rüffert et Commission contre Luxembourg entre autres) dans lesquels cette dernière a retenu une **interprétation très restrictive** de la Directive sur le détachement des travailleurs ; et qui ont, à l'époque, fait couler beaucoup d'encre. Au centre des préoccupations se trouvait la mise en balance par la Cour de justice des libertés de prestation de services et d'établissement et des droits (fondamentaux) des travailleurs.

Les **syndicats européens**, la CES en tête, ainsi que le **Parlement européen** dans sa résolution de 2008<sup>1</sup> et le **Comité économique et social européen** dans un avis rendu en 2010<sup>2</sup>, avaient appelé de leurs vœux une **révision au moins partielle** de la Directive sur le détachement des travailleurs. Les **organisations patronales**, quant à elles, étaient davantage en faveur d'une **amélioration de l'exécution** de la Directive existante, plutôt que d'une révision de celle-ci.

En **mai 2010**, le **rapport Monti**<sup>3</sup> sur le marché unique proposait de :

- « Préciser la mise en œuvre de la Directive sur le détachement des travailleurs et améliorer la diffusion des informations sur les droits et les obligations des travailleurs et des entreprises, la coopération administrative et les sanctions dans le cadre de la libre circulation des personnes ainsi que la fourniture transfrontalière de services ;
- Si des mesures sont adoptées pour clarifier l'interprétation et l'application de la Directive sur le détachement des travailleurs, insérer une disposition permettant de garantir le droit de grève inspirée de l'article 2 du Règlement (CE) n°2679/98<sup>4</sup> du Conseil, ainsi qu'un mécanisme de règlement amiable des conflits du travail en liaison avec l'application de la Directive »

Dans la continuité de ce rapport, la Commission européenne a lancé en **octobre 2010** une **consultation publique**<sup>5</sup>. Parmi les 50 propositions soumises, deux reprennent les idées insérées dans le rapport Monti quelques mois plus tôt :

- « Proposition n° 29 : Sur la base de sa nouvelle stratégie pour la mise en œuvre effective de la Charte des droits fondamentaux par l'Union européenne, la Commission veillera à ce que les droits garantis par la Charte, y compris le droit de mener des actions collectives soient pris en compte. La Commission analysera au préalable et de manière approfondie, l'impact social de toutes les propositions de législations sur le marché unique.

<sup>1</sup> Résolution du 22 octobre 2008 sur les défis pour les conventions collectives dans l'Union européenne, 2008/2085(INI), points 25 et 30

<sup>2</sup> Avis sur « la dimension sociale du marché intérieur » 2011/C44/15

<sup>3</sup> Rapport au Président de la Commission européenne, « Une nouvelle stratégie pour le marché unique au service de l'économie et de la société européennes », présenté par M. Monti, 9 mai 2010

<sup>4</sup> Règlement (CE) n° 2679/98 du Conseil du 7 décembre 1998 relatif au fonctionnement du marché intérieur pour ce qui est de la libre circulation des marchandises entre les États membres

<sup>5</sup> COM(2010)608/2 final « Vers un Acte pour le marché unique – Pour une économie sociale de marché hautement compétitive – 50 propositions pour mieux entreprendre et échanger ensemble »

- Proposition n° 30 : La Commission adoptera une proposition législative en 2011 visant à améliorer la mise en œuvre de la directive sur le détachement des travailleurs, qui sera susceptible d'inclure ou d'être complétée par une clarification de l'exercice des droits sociaux fondamentaux dans le contexte des libertés économiques du marché unique. »

À la suite de cette consultation, la Commission européenne a adopté **en 2011** une **communication**<sup>6</sup> dans laquelle elle formule une proposition (parmi 12) en réponse à celles contenues dans la consultation. Elle s'engage à formuler des propositions en matière de :  
« Législation destinée à **améliorer et à renforcer la transposition, l'application et le respect dans la pratique de la directive "détachement des travailleurs"**, comprenant des mesures pour prévenir et sanctionner tout abus et détournement des règles applicables, accompagnée par une législation visant à **clarifier l'exercice des libertés d'établissement et de prestation de services avec les droits sociaux fondamentaux**. »

Le deuxième aspect prendra la forme de la proposition de **Règlement dit Monti II**, qui ne verra finalement jamais le jour.

À la suite de l'analyse d'impact réalisée par la Commission européenne dans le cadre de la « réglementation intelligente », le premier aspect a finalement donné lieu à une proposition de **Directive « relative à l'exécution de la Directive 96/71/CE concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services »**, une révision de la Directive elle-même apparaissait impossible.

Notons que (comme toujours) cette initiative s'inscrit dans la stratégie Europe 2020 en raison du « potentiel de croissance associé au détachement des travailleurs »<sup>7</sup>.

Dernièrement, la Commission emploi et affaires sociales du Parlement européen a publié son rapport, qui sera examiné ci-dessous. Les divisions au sein du Conseil n'ont pas permis aux ministres de l'Union de trouver un compromis, les discussions sont toujours en cours. Notons également que le Parlement a donné mandat à la rapportrice sur ce dossier pour négocier en trilogue (avec le Conseil de l'Union européenne et la Commission européenne) un texte de compromis.

---

<sup>6</sup> COM[2011]206 final « L'Acte pour le marché unique – Douze leviers pour stimuler la croissance et renforcer la confiance »

<sup>7</sup> COM[2012]131 final, la proposition de directive en question

La présentation sera organisée de la façon suivante. Notons que la proposition de la Commission européenne sera examinée de façon exhaustive. En revanche, parmi les amendements proposés par le Parlement européen et le Conseil de l'Union, seuls les principaux points de désaccord seront relevés.

<b>I. OBJECTIF DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE.....</b>	<b>5</b>
<b>II. SYNTHÈSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE.....</b>	<b>5</b>
<b>1/ LES POINTS FAISANT L'OBJET D'UN CONSENSUS .....</b>	<b>6</b>
<i>A/ Améliorer l'accès aux informations.....</i>	<i>6</i>
<i>B/ Favoriser la coopération administrative et l'assistance mutuelle.....</i>	<i>6</i>
<i>C/ Améliorer l'exécution transfrontalière des amendes et sanctions administratives.....</i>	<i>7</i>
<b>2/ LES PRINCIPAUX POINTS DE DÉSACCORD .....</b>	<b>8</b>
<b><i>A/ Prévenir les abus et contournements .....</i></b>	<b><i>8</i></b>
→ <i>La proposition de la Commission européenne.....</i>	<i>8</i>
→ <i>Les amendements proposés par le Parlement européen.....</i>	<i>9</i>
→ <i>Les amendements proposés par le Conseil de l'Union.....</i>	<i>10</i>
<b><i>B/ Encadrer les mesures de contrôle .....</i></b>	<b><i>11</i></b>
→ <i>La proposition de la Commission européenne.....</i>	<i>11</i>
→ <i>Les amendements proposés par le Parlement européen.....</i>	<i>12</i>
→ <i>Les amendements proposés par le Conseil de l'Union.....</i>	<i>12</i>
<b><i>C/ Améliorer l'exécution de la Directive.....</i></b>	<b><i>13</i></b>
→ <i>La proposition de la Commission européenne.....</i>	<i>13</i>
→ <i>Les amendements proposés par le Parlement européen.....</i>	<i>14</i>
→ <i>Les amendements proposés par le Conseil de l'Union.....</i>	<i>14</i>
<b><i>D/ Autres remarques.....</i></b>	<b><i>15</i></b>

## I. OBJECTIF DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE

Comme cela est souvent le cas, la proposition de Directive tente de trouver un équilibre entre deux objectifs répondant a priori à des logiques antagonistes. En effet, elle « vise à garantir le respect du **niveau approprié de protection minimale des droits des travailleurs détachés**<sup>8</sup> pour une prestation transfrontalière de services, tout en **facilitant l'exercice de la liberté de prestation de services** pour les prestataires de services et en favorisant une **concurrence loyale** entre ces derniers »<sup>9</sup>.

Pour mettre en œuvre cet objectif, la Directive propose d'instaurer « un cadre commun général établissant les **dispositions, les mesures et les mécanismes de contrôle** appropriés en vue de **l'amélioration et de l'uniformisation de la mise en œuvre, de l'application et de l'exécution** dans la pratique des dispositions de la directive 96/71/CE, ainsi que les mesures visant à **prévenir et à sanctionner toute violation** et tout **contournement** des règles applicables ».

Notons que le second paragraphe de l'article 1<sup>er</sup> précise que **cette Directive ne porte en aucune manière atteinte à l'exercice des droits fondamentaux**, et notamment le **droit de grève** tel qu'envisagé par le droit national. Les autres droits collectifs des travailleurs, c'est-à-dire les droits de négocier, conclure et appliquer des accords collectifs, et de mener des actions collectives sont également préservés. Notons que la formulation semble suggérer que ces derniers ne constituent pas des droits fondamentaux<sup>10</sup>.

## II. SYNTHÈSE DE LA PROPOSITION DE DIRECTIVE

La proposition de Directive, qui compte 18 articles (les cinq derniers articles concernent les aspects pratiques de la mise en œuvre et ne seront pas étudiés), peut être découpée en **6 axes** :

- **Prévenir les abus et contournements** grâce une définition plus précise de la notion de détachement et de travailleur détaché
- **Améliorer l'accès aux informations** relatives aux conditions d'emploi dans le pays d'accueil pour les entreprises détachant des salariés, ainsi que pour les salariés eux-mêmes
- **Favoriser la coopération administrative et l'assistance mutuelle** entre pays d'origine et pays d'accueil
- **Encadrer les mesures de contrôle** du détachement utilisées dans les Etats membres
- **Améliorer l'exécution de la Directive** détachement grâce à des mécanismes de recours propres, ainsi qu'à des mécanismes de responsabilité solidaire dans la chaîne de sous-traitance
- **Améliorer l'exécution transfrontalière des amendes et sanctions administratives**

---

<sup>8</sup> Notons que la formulation est intéressante !

<sup>9</sup> Article 1<sup>er</sup> § 1 al. 1 de la proposition de Directive relative à l'exécution de la Directive sur le détachement des travailleurs

<sup>10</sup> « La présente directive ne porte pas préjudice de quelque manière que ce soit à l'exercice des droits fondamentaux reconnus par les États membres et le droit de l'Union, notamment le droit ou la liberté de faire grève ou d'entreprendre d'autres actions prévus par les systèmes de relations du travail propres aux États membres, conformément à la législation et aux pratiques nationales. La présente directive n'affecte pas non plus le droit de négocier, de conclure et d'appliquer des conventions collectives et de mener des actions collectives conformément aux législations et pratiques nationales.

## 1/ Les points faisant l'objet d'un consensus

Seule la proposition de la Commission européenne sera présentée.

### A/ Améliorer l'accès aux informations

L'accès aux informations sur les conditions de travail et d'emploi préalablement au détachement est une condition indispensable à leur respect.

Pour atteindre cet objectif, les Etats membres commencent par **désigner une ou plusieurs autorités compétentes**, dont les coordonnées sont communiquées à la Commission européenne et aux autres Etats membres. Elles peuvent correspondre aux **bureaux de liaison** déjà évoqués dans la Directive sur le détachement des travailleurs<sup>11</sup>.

Par ailleurs les Etats membres adoptent les « mesures appropriées » afin que ces informations soient « **largement diffusées, claires, complètes et facilement accessibles à distance et par voie électronique** ». Ceux-ci doivent également s'assurer que les autorités désignées sont en mesure de s'acquitter de leur mission<sup>12</sup>.

Les Etats membres doivent mettre en place une série d'actions, cela passe par exemple par **l'utilisation de sites web nationaux**, par la **diffusion auprès des travailleurs et des prestataires desdites informations sous format papier dans d'autres langues** que la langue locale. Ils peuvent également indiquer le **nom de la personne en charge des demandes d'information** au sein des bureaux de liaison, etc.<sup>13</sup>.

Lorsque les conditions de travail et d'emploi sont contenues dans des **conventions collectives** (au sens de la Directive « détachement », c'est-à-dire d'application générale), les **partenaires sociaux** sont tenus de rendre ces informations **accessibles** aux travailleurs et aux prestataires, notamment « en ce qui concerne les éléments constitutifs du taux de salaire minimal, la méthode de calcul de la rémunération due et les critères de classification dans les différentes catégories de salaire »<sup>14</sup>.

### B/ Favoriser la coopération administrative et l'assistance mutuelle

**L'article 6** de la proposition de Directive fixe ensuite les **principes généraux de la coopération administrative** entre les Etats membres. Il s'agit par exemple de « répondre aux demandes d'information motivées et aux demandes de vérification, d'inspection et d'enquête émanant des autorités compétentes en ce qui concerne les situations de détachement visées à l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 96/71/CE<sup>15</sup>, notamment en lien avec une violation des règles applicables en matière de détachement des travailleurs ou à d'éventuelles activités transnationales illégales »<sup>16</sup>, et ceci dans un délai de deux semaines maximum<sup>17</sup>. L'article prévoit également la mise en place d'un mécanisme d'urgence permettant d'obtenir des informations dans un délai de 24h<sup>18</sup>.

**L'article 7** de la proposition aborde la question du **rôle de l'Etat membre d'établissement**. Ce dernier continue à exercer pleinement sa mission de contrôle et de suivi. Il transmet à l'Etat membre d'accueil les informations pertinentes pour la qualification de la situation de détachement (liste des éléments indicatifs permettant de qualifier le détachement énumérés plus haut dans le paragraphe « éviter les abus et détournements ») et pour la mise en œuvre des mesures de contrôle nationales (envisagées à l'article 9 de la proposition de Directive), et ceci de sa propre initiative s'il constate des irrégularités. Si des contrôles sur le territoire de l'Etat membre d'accueil

---

<sup>11</sup> Article 4 de la proposition de Directive d'exécution de la Directive sur le détachement des travailleurs

<sup>12</sup> Idem article 5 § 1

<sup>13</sup> Idem article 5 § 2

<sup>14</sup> Idem article 5 § 4

<sup>15</sup> Détachement d'un travailleur dans le cadre d'un contrat de prestation de services, détachement intra-groupe et détachement d'un travailleur intérimaire

<sup>16</sup> Idem article 6 § 2

<sup>17</sup> Idem article 6 § 5

<sup>18</sup> Notons que le Conseil de l'Union se propose d'allonger ces délais à 25 jours, et 2 jours en cas d'urgence (plusieurs Etats membres, dont le Luxembourg, sont en faveur d'un allongement de ce délai à 5 jours)

s'avéraient nécessaires, ceux-ci devraient être effectués par les autorités de l'Etat membre d'accueil sur demande de l'Etat membre d'établissement.

**L'article 8** « prévoit des **mesures d'accompagnement** visant à développer, à faciliter, à soutenir, à promouvoir et à améliorer encore la coopération administrative, ainsi qu'à accroître la confiance mutuelle, y compris par des aides financières »<sup>19</sup>.

Enfin, **l'article 18** impose aux Etats membres l'utilisation du **système IMI** (information du marché intérieur) pour la mise en place de la coopération. Ceux-ci peuvent continuer à appliquer d'éventuels accords bilatéraux de coopération administrative, mais ils doivent utiliser le système IMI autant que possible.

### **C/ Améliorer l'exécution transfrontalière des amendes et sanctions administratives**

Cet aspect est crucial compte tenu de la nature nécessairement transnationale du détachement. Tous les Etats membres ne sanctionnent pas de la même façon le non-respect de la Directive « détachement », les sanctions peuvent être de différentes natures.

Certains textes existent en cette matière pour les sanctions pécuniaires<sup>20</sup> et les sanctions de nature civile<sup>21</sup>.

Les **articles 13 à 16** concernent donc l'exécution transfrontalière **d'amendes ou sanctions administratives** dans le contexte du détachement, et énonce un principe de **reconnaissance mutuelle** sous certaines conditions :

- L'Etat requérant<sup>22</sup> peut demander l'exécution ou la notification d'une décision infligeant une sanction ou une amende à l'Etat requis<sup>23</sup>, si la législation nationale de ce dernier le permet également pour des plaintes et décisions similaires
- L'Etat requérant et l'Etat requis s'assurent que la demande est conforme à leurs législations nationales respectives
- La sanction ou l'amende ne doit pas être contestée dans l'Etat membre requérant

L'article 14 énonce plusieurs exigences formelles concernant la formulation de la demande (ex : nom et adresse du destinataire, nature et montant de l'amende, etc).

Une fois la demande formulée, l'Etat requis fournit toute information et l'assistance nécessaire à l'Etat requérant. Toute demande d'exécution ou de notification d'une décision dans l'Etat requis doit être traitée comme s'il s'agissait d'une demande émanant de l'Etat requis lui-même. Celui-ci informe également l'Etat requérant des suites données à sa demande et des éventuels motifs de rejet [article 14].

La contestation par l'une des parties de la décision en cause dans l'Etat requérant suspend la procédure d'exécution ou de notification, elle doit donc être notifiée sans délai à l'Etat requis.

Les mesures exécutoires doivent pouvoir être contestées devant les juridictions de l'Etat requis [article 15].

Les montants recouverts par l'Etat requis sont transférés à l'Etat requérant, les coûts occasionnés par le recouvrement peuvent être déduits. En revanche, l'assistance mutuelle est effectuée à titre gratuit. Enfin, l'Etat requérant doit supporter tous les coûts occasionnés par une demande infondée [article 16]<sup>24</sup>.

---

<sup>19</sup> COM(2012)131 final

<sup>20</sup> Décision-cadre 2005/214/JAI du Conseil du 24 février 2005

<sup>21</sup> Règlement n°1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (refonte)

<sup>22</sup> «Autorité requérante», l'autorité compétente d'un Etat membre qui formule une demande d'assistance, d'information, de notification ou de recouvrement concernant une sanction ou une amende, telle que visée au chapitre V

<sup>23</sup> «Autorité requise», l'autorité compétente d'un Etat membre à laquelle une demande d'assistance, d'information, de notification ou de recouvrement est adressée

<sup>24</sup> Sur la question de l'exécution des sanctions administratives, au sein du Conseil de l'Union, le principal point de désaccord concerne les motifs de rejet de la demande.

## 2/ Les principaux points de désaccord

Dans cette partie, l'exposé de la proposition de la Commission européenne sera accompagné des amendements proposés par le Parlement européen et le Conseil de l'Union.

### A/ Prévenir les abus et contournements

#### → La proposition de la Commission européenne

Pour les besoins de l'application de la Directive, la proposition donne la définition de trois notions : « autorité compétente », « autorité requérante » et « autorité requise »<sup>25</sup>.

Mais l'essentiel de cet objectif (lutter contre les abus et contournements) est rempli par l'établissement d'une « **liste indicative et non exhaustive de critères qualitatifs et d'éléments constitutifs** caractéristiques à la fois de la **nature temporaire** inhérente à la notion de détachement pour la prestation de services et de l'existence d'un **lien réel entre l'employeur et l'État membre depuis lequel le détachement est effectué** »<sup>26</sup>.

Afin d'apprécier la nature temporaire du détachement, les éléments suivants pourront être examinés :

- « Les tâches sont accomplies dans un autre État membre pour une **durée limitée**;
- Le travailleur est détaché dans un **État membre autre que celui dans lequel ou depuis lequel il accomplit habituellement son travail**, conformément au règlement (CE) n° 593/2008<sup>27</sup> et/ou à la convention de Rome<sup>28</sup>;
- Le travailleur détaché **retourne ou est censé reprendre son activité dans l'État membre à partir duquel il a été détaché** après l'achèvement des travaux ou au terme de la prestation de services pour lesquels il a été détaché;
- **Le voyage, la nourriture et l'hébergement sont assurés ou pris en charge par l'employeur** détachant le travailleur et, le cas échéant, les modalités y afférentes; et
- Toute **période répétée antérieure au cours de laquelle le poste a été occupé par le même ou un autre travailleur** (détaché). »

Lorsqu'il s'agit de déterminer s'il existe un lien réel entre l'employeur et l'État membre depuis lequel le détachement est effectué, il convient en fait de déterminer si l'employeur exerce une **activité substantielle** (par opposition à la simple gestion interne ou administrative) dans l'Etat d'origine. Pour cela, il pourra notamment être tenu compte du :

- « **Lieu où sont implantés le siège statutaire et l'administration centrale** de l'entreprise, où elle a des **bureaux, paye des impôts**, est **autorisée à exercer son activité ou est affiliée à la chambre de commerce ou à des organismes professionnels**;
- Lieu de **recrutement** des travailleurs détachés;
- Le **droit applicable** aux contrats conclus par l'entreprise avec ses salariés, d'une part, et avec ses clients, d'autre part;
- Le lieu où l'entreprise **exerce l'essentiel de son activité commerciale** et où elle emploie du **personnel administratif**;
- Le **nombre anormalement réduit de contrats exécutés** et/ou le **montant du chiffre d'affaires réalisé** dans l'État membre d'établissement. »

---

<sup>25</sup> Article 2 de la proposition

<sup>26</sup> Source : COM(2012)131 final, pour la liste, voir article 3 de la proposition

<sup>27</sup> Règlement dit Rome I sur la loi applicable aux obligations contractuelles

<sup>28</sup> Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles



### **Avis :**

Dans le cadre de la législation européenne en matière de protection sociale, une « personne qui exerce une activité salariée dans un État membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache pour effectuer un travail pour son compte dans un autre État membre, demeure soumise à la législation du premier État membre, à condition que la durée prévisible de ce travail **n'excède pas vingt-quatre mois** et que la personne ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne. »<sup>29</sup>

Au-delà de ce délai, le travailleur sera alors soumis à la législation de l'État membre d'accueil.

Dans le cadre du droit du travail, **ni la Directive sur le détachement des travailleurs ni la proposition de Directive sur l'exécution de celle-ci n'envisage d'encadrer ou de limiter la durée du détachement**. La proposition de Directive se contente d'énoncer que **la durée du détachement doit être limitée**.

Il convient de défendre une **approche similaire en droit du travail**, et de plaider en faveur d'un **alignement des règles en matière de droit du travail sur celles en vigueur en matière de protection sociale**. Il n'apparaît en effet pas raisonnable de justifier l'application du droit du travail du pays d'origine au-delà du délai de **24 mois**, ce délai ne devant pas être considéré comme un élément qualificatif de la situation de détachement, mais comme un délai au-delà duquel l'application du droit du travail du pays d'origine devient injustifiable.

La Chambre des employés privés avait déjà défendu une position similaire dans un **avis publié en 2008**<sup>30</sup> relatif au projet de loi faisant suite à l'arrêt de la Cour de justice rendu en 2008 et remettant en cause notamment la définition d'ordre public en droit luxembourgeois<sup>31</sup>.

Cette solution présente également l'avantage de faire **coïncider l'application des règles de droit du travail et de protection sociale nationales**. Ceci représente un avantage considérable dans la mesure où les États membres ne classent pas nécessairement de la même façon les questions de droit dans l'une ou l'autre des matières.

### → Les amendements proposés par le Parlement européen

**Le Parlement européen** propose d'ajouter un paragraphe décrivant avec précision la méthode dite du « **faisceau d'indices** »<sup>32</sup>. En d'autres termes, la liste d'éléments indicatifs permettant la qualification de la situation de détachement évoquée plus haut et contenue dans l'article 3 de la proposition n'est qu'une liste d'éléments que les autorités compétentes peuvent prendre en compte pour déterminer la réalité du détachement. L'analyse doit être faite au cas par cas, chaque critère ne doit pas être pris en compte de façon isolée, c'est la réunion de plusieurs de ces critères (et éventuellement d'autres critères non prévus par la liste) qui permettra de caractériser le détachement. Par conséquent, la non-satisfaction d'un des critères n'entraîne en aucun cas, la non-qualification de détachement<sup>33</sup>.

Le rapporteur propose ensuite d'apporter quelques modifications à la liste. Pour la détermination de la réalité de l'activité de l'employeur :

- Au lieu où l'entreprise paie des **impôts** vient s'ajouter le lieu où celle-ci paie ses **contributions à la sécurité sociale**
- Le **lieu du recrutement** est quant à lui **associé au lieu depuis lequel le travailleur est détaché**.

<sup>29</sup> Règlement (CE) N° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, article 12

<sup>30</sup> Avis de la Chambre des employés privés du 18 novembre 2008 relatif au projet de loi portant modification des articles L. 010-1, L. 141-1, L. 142-2 et L. 142-3 du Code du Travail, p. 12

<sup>31</sup> CJCE, 19 juin 2008, *Commission contre Luxembourg*, Aff. C-319/06, Rec. 2008 p.I-04323

<sup>32</sup> Amendement 42

<sup>33</sup> Pour ces raisons, la qualification de « liste ouverte » est impropre à décrire la méthode utilisée. De même, le risque que certains États membres choisissent de ne retenir que certains de ces critères est à notre avis purement hypothétique. Ce sont les autorités compétentes qui pourront choisir, et non les États membres lors de la transposition.

**Avis :**

Cette proposition est problématique. En effet, ces deux lieux peuvent tout à fait ne pas coïncider. Il est connu que le critère du lieu du recrutement est un critère peu fiable et facilement manipulable. Il est d'ailleurs très largement marginalisé par la Cour de justice dans son interprétation des dispositions de droit international privé. **Il apparait donc préférable de ne retenir que le critère du lieu depuis lequel le travailleur est détaché.**

- Il est ensuite proposé de ne pas recourir au concept « d'activité substantielle », mais invite à s'assurer que l'activité ne soit pas limitée à l'activité administrative et au management interne
- Concernant l'évaluation du nombre de contrats et de la rotation du personnel, là où la Commission européenne invitait à mener une analyse au cas par cas, le Parlement est plus explicite et propose de tenir compte, entre autres, du fait que l'entreprise vienne d'être créée, du fait qu'il s'agisse d'une PME ou encore du pouvoir d'achat des différentes monnaies dans les Etats membres.

Concernant la détermination du caractère temporaire du détachement, les changements apportés sont mineurs.

Le Parlement se propose par ailleurs d'ajouter un troisième paragraphe concernant l'ajout éventuel de critères à ladite liste. L'ajout d'un critère doit être justifié, proportionné et non-discriminatoire. Les Etats membres doivent en avvertir la Commission européenne et mettre à jour la liste des critères retenus sur un site web national unique. Et cette dernière transmettra les informations pertinentes à tous les Etats membres.

**Avis :**

Il convient à tout prix d'éviter que lors du processus de transposition, les Etats membres puissent choisir parmi la liste de critères proposée **ceux qui leur semblent moins contraignants**, ou n'adoptent qu'un **nombre très limité de critères**. Ce qui aurait pour effet de faciliter les **manipulations** ou les **détournements** de la législation.

De ce point de vue, le **paragraphe explicatif** de la méthode du faisceau d'indices proposé par le Parlement est un **ajout positif**. Cependant, il ne semble **pas suffisant**. Il convient en effet de préciser que les critères envisagés dans la proposition de Directive sont **à transposer obligatoirement mais qu'ils ne constituent en aucun cas une liste exhaustive**. Ce n'est qu'ensuite, lorsque le **juge national** aura à connaître d'un litige sur cette question qu'il choisira et associera les critères qui lui semblent pertinents, et exclura ceux qui semblent inutiles au vue du cas d'espèce. En tout état de cause, tous les critères contenus dans la Directive devront être transposés en droit national, ils constituent un **minimum**.

Dans ces conditions, et dans un objectif de sécurité juridique, une procédure de notification et d'information en cas d'ajout ou de modification de la liste des critères au niveau national est concevable.

*→ Les amendements proposés par le Conseil de l'Union*

La suggestion formulée par le Parlement d'éclaircir le concept d'activité substantielle par opposition aux activités correspondant à l'activité administrative et au management interne a été reprise ici. La liste de critère est bien indicative (donc non-limitative), et l'explication de la méthode du « faisceau d'indice » est également présente.<sup>34</sup>

**Avis :**

La proposition du Parlement, compte tenu des remarques qui ont été formulées plus haut, semble plus apte à atteindre les objectifs poursuivis.

<sup>34</sup> Sur ce point, il n'est pas utile de formuler des commentaires dans la mesure où la proposition du Conseil est presque identique à celle du Parlement.

## **B/ Encadrer les mesures de contrôle**

→ *La proposition de la Commission européenne*

L'article 10 traite de la question des **inspections** en précisant notamment que celles-ci doivent être **non-discriminatoires et proportionnées**. L'article plaide en faveur du recours à des analyses des risques afin de concentrer les contrôles dans les secteurs où les risques sont plus élevés notamment dans les secteurs où le recours au détachement est fréquent. Les administrations des différents Etats membres peuvent être amenées à coopérer dans le cadre de ces inspections, elles doivent dans ce cas le faire conformément aux règles énoncées en matière de coopération administrative.

Toutefois, les règles les plus importantes sont contenues dans l'article 9. Ce dernier dresse une **liste limitative de mesures de contrôle autorisées**. En effet, la **protection des travailleurs** constitue une **raison impérieuse d'intérêt général** de nature à justifier les inspections et mesures de contrôle qui s'avèrent nécessaires. Cependant, les Etats membres doivent veiller à **respecter l'article 56 du TFUE** (qui énonce l'interdiction des restrictions à la libre prestation de services à l'intérieur de l'Union), et « éviter de créer ou maintenir des restrictions injustifiées et disproportionnées à l'égard des prestataires de service dans l'Union européenne »<sup>35</sup>.

L'article 9, qui a également pour objectif de clarifier la jurisprudence abondante de la Cour de Justice en la matière, n'envisage que 4 mesures de contrôle :

- « Une **simple déclaration** auprès des autorités nationales compétentes, **au plus tard au début de la prestation de services** ». Les éléments à fournir ne peuvent concerner que « l'identité du prestataire de services, la présence d'un ou plusieurs travailleurs détachés clairement identifiables ainsi que l'effectif prévu, la durée prévue et le lieu de leur séjour, ainsi que les services justifiant le détachement » ;
- « L'obligation, pour toute la durée du détachement, de **conserver ou de fournir**, au format papier ou électronique, **les documents ci-après**, et/ou d'en garder des copies : le contrat de travail [...], les fiches de paie, les relevés d'heures et les preuves du paiement des salaires ou des copies de documents équivalents ». Ils sont conservés dans un lieu accessible et clairement identifié, comme par exemple le lieu de travail ;
- La **traduction des documents** qui viennent d'être listés à condition qu'ils ne soient pas trop longs et qu'ils soient habituellement établis sur la base de formulaires standards ;
- L'obligation de **désigner une personne de contact** pendant la durée de la prestation de services pour négocier au nom de l'employeur avec les partenaires sociaux nationaux.

Le dernier paragraphe de l'article 9 envisage le réexamen de cette liste dans un délai de trois ans.

### **Avis :**

Il convient de s'opposer fermement à cette proposition de la Commission. **La liste de mesures de contrôle que les Etats membres pourront mettre en œuvre au niveau national ne peut en aucun cas être limitative**. Les Etats doivent pouvoir s'adapter aux différents cas d'espèce, ainsi qu'aux spécificités de leur système national.

---

<sup>35</sup> idem

→ Les amendements proposés par le Parlement européen

Le Parlement propose de procéder en deux temps :

- ✓ **Les Etats membres adoptent toutes les mesures nécessaires** : là où la Commission européenne proposait une liste limitative, le Parlement prévoit que les Etats membres peuvent imposer toutes exigences administratives ou mesures de contrôle nécessaires à la bonne exécution de cette Directive et de la Directive « détachement », et en particulier : la désignation d'une personne de contact (qui doit disposer de plusieurs prérogatives), l'adoption de mesures destinées à combattre le travail non-déclaré (nouveau), la traduction de document dans une des langues officielles du pays d'accueil (les exigences relatives à la longueur et au format ont été supprimées)<sup>36</sup>.
- ✓ **Les Etats membres adoptent obligatoirement et au minimum les mesures suivantes** : il s'agit ici d'imposer aux Etats membres certaines mesures de contrôle.
  - L'obligation relative à la **simple déclaration** devra se faire **5 jours avant** le commencement de la mission (et non plus au plus tard le jour du commencement). Des exigences relativement à la langue ont été ajoutées. La liste des informations contenues dans cette déclaration est ouverte contrairement à ce qui était prévu dans la proposition de la Commission européenne (la liste reprend malgré tout les points essentiels de la proposition originale). La déclaration doit en outre confirmer que le prestataire de services a été informé des conditions minimales d'emploi et a accepté de s'y conformer. Le prestataire de services devra notifier à l'autorité compétente du pays d'accueil tout changement relativement aux informations contenues dans la déclaration.
  - Concernant l'obligation de **conserver certains documents** pendant la période du détachement, le Parlement propose une liste de documents qui reprend ceux qui étaient déjà envisagés dans la proposition de la Commission européenne et ajoute les suivants : preuve de l'identité des travailleurs détachés / le formulaire A1 (cf règlement n°883/2004 sur la coordination des régime de sécurité sociale) / les permis de travail et de résidence le cas échéant / une évaluation des risques relative à la santé et la sécurité au travail conformément à la Directive 89/391/CE.  
Ces documents doivent être disponibles pendant au moins deux ans après la fin de la période de détachement

**Avis :**

**Ces amendements doivent être approuvés.**

→ Les amendements proposés par le Conseil de l'Union

Certains Etats membres souhaitent disposer de davantage de flexibilité pour pouvoir imposer d'autres mesures de contrôle ou d'autres exigences administratives, et pouvoir maintenir les mesures existantes. La présidence avait suggéré de mettre en place une procédure de notification relativement à ces mesures au profit de la Commission européenne. Les mêmes Etats membres avancent que le contrôle de la compatibilité avec le droit de l'Union relève de la compétence de la Cour de justice et rejette donc cette proposition.

D'autres Etats membres sont en faveur d'une liste fermée de mesures, seule capable de garantir la sécurité juridique et compatible avec les libertés de circulation. Ces derniers rappellent également que tout doit être fait pour réduire la charge administrative qui pèse sur les entreprises.

En l'état actuel des négociations, le texte provisoire propose une liste ouverte de mesures de contrôle et d'exigences administratives que les Etats membres pourront imposer. La méthode en deux temps proposée par le Parlement (voir supra) n'est pas reprise.

**Avis :**

La solution proposée par le Parlement, sans doute plus contraignante, paraît plus apte à garantir le respect de la Directive sur le détachement des travailleurs.

<sup>36</sup> Amendement 51

## C/ Améliorer l'exécution de la Directive

### → La proposition de la Commission européenne

Les articles 11 et 12 sont la concrétisation dans ce domaine du **droit fondamental à un recours effectif devant un tribunal**. Le premier article examine les mécanismes de recours et le second traite de la question de la responsabilité solidaire dans la chaîne de sous-traitance.

L'article 11 précise que les Etats membres doivent s'assurer qu'ils disposent de **mécanismes de recours efficaces** permettant aux travailleurs détachés d'engager des poursuites contre leur employeur. Il rappelle également qu'en matière de détachement, et sans préjudice des règles de droit international privé applicables, le travailleur détaché dispose d'une **option de compétence supplémentaire**, il peut en effet saisir le juge du lieu du détachement.

L'action doit pouvoir être introduite **à l'appui ou pour le compte d'un travailleur** par des parties tierces ayant un **intérêt légitime** au respect des dispositions de la Directive, notamment les **syndicats**.

Les règles nationales relatives aux délais de prescription, de forclusion, de procédure en matière de représentation et de défense restent bien entendu applicables.

Tous les Etats membres n'ont pas adopté de mécanisme de responsabilité solidaire au sein des chaînes de sous-traitance. De plus, dans les pays où de tels mécanismes existent, ils diffèrent grandement d'un pays à l'autre. C'est pour ces raisons que la Commission européenne **limite** le mécanisme de responsabilité solidaire au **secteur de la construction**. Il ne bénéficie par ailleurs qu'aux employés des **sous-traitants directs**, et ne vaut que pour les demandes concernant le **non-paiement de toute rémunération nette ou de tout arriéré ou de taxe ou cotisation sociale indûment retenue sur le salaire du travailleur**.

La proposition prévoit également que l'employeur qui sous-traite pourra **s'exonérer** de sa responsabilité s'il démontre qu'il a fait preuve de la **diligence voulue**<sup>37</sup>.

Il demeure toutefois possible pour les Etats membres de prévoir des **règles plus strictes quant à l'étendue et la portée de la responsabilité du sous-traitant**. Il leur est également possible **d'étendre le mécanisme à d'autres secteurs**, dans le respect du droit de l'Union et de manière non-discriminatoire et proportionnée.

Dans un délai de trois ans, la Commission européenne, en consultation avec les Etats membres et les partenaires sociaux européens, examinera l'application de ces mécanismes de responsabilité solidaire.

#### **Avis :**

L'adoption d'un tel mécanisme doit être approuvé mais celui-ci devrait **s'imposer au-delà du secteur de la construction voire au-delà du sous-traitant direct**. Notons toutefois qu'il serait sans doute plus judicieux **d'encadrer le recours à la sous-traitance afin d'éviter la mise en place de chaîne trop longue** plutôt que d'imposer un mécanisme de responsabilité tout le long de la chaîne.

Il apparaît également nécessaire **d'éclaircir le concept de « diligence voulue »** permettant à l'employeur qui sous-traite de s'exonérer de sa responsabilité.

Dans cet objectif, il convient d'imposer au donneur d'ordre une **obligation de s'informer** au moment de la conclusion du contrat de sous-traitance sur la **qualité, la fiabilité de son futur contractant**. Dans cette optique, il pourrait être fait appel aux **concepts et méthodes utilisées en matière de responsabilité sociale des entreprises**, tout en insistant sur l'aspect **contraignant** de telles obligations.

Enfin, l'**article 17** invite les Etats membres à adopter des **sanctions « effectives, proportionnées et dissuasives »** en cas d'infraction aux dispositions nationales transposant cette directive.

<sup>37</sup> Article 12 § 2 de la proposition

→ Les amendements proposés par le Parlement européen

En ce qui concerne les mécanismes de responsabilité solidaire en matière de sous-traitance, le Parlement propose de **supprimer purement et simplement le mécanisme de responsabilité solidaire** proposé par la Commission européenne.

Le nouvel article énonce que : « les Etats membres prennent des mesures, de façon non-discriminatoire, pour s'assurer que lorsqu'une entreprise charge une autre entreprise, directement ou indirectement, de fournir à sa place des services, celle-ci peut être tenue responsable des prestations dues aux travailleurs et/ou des contributions de sécurité sociale à des fonds communs ou des institutions gérées par les partenaires sociaux »<sup>38</sup>.

Le Parlement justifie cette décision en avançant qu'il est disproportionné d'imposer la mise en place de tels mécanismes dans les Etats membres où ceux-ci n'existent pas déjà ; et que cela pourrait entraver la libre prestation des services au sein de l'Union. D'autant que supprimer ce mécanisme ne remet en aucun cas en cause les systèmes de responsabilité solidaire existants dans certains Etats membres. Il affirme également que de tels mécanismes n'ont pas prouvé leur efficacité face aux situations les plus problématiques, à savoir l'utilisation abusive du statut d'indépendant ou l'envoi de travailleurs en détachement par des sociétés-boîtes aux lettres, dans la mesure où ces situations sont pour la plupart exclues du champ des Directives.

**Avis :**

Il convient de s'opposer au retrait du mécanisme de responsabilité solidaire au sein des chaînes de sous-traitance, et de plaider au contraire en faveur d'un élargissement de ce mécanisme au-delà du secteur de la construction voire au-delà du sous-traitant direct comme cela a déjà été dit plus haut.

→ Les amendements proposés par le Conseil de l'Union

Un large groupe d'Etats membres plaident en faveur de la mise en place d'un mécanisme de responsabilité conjointe et solidaire au-delà du seul secteur de la construction.

Quelques autres sont fermement opposés à la mise en place de tels mécanismes, que ceux-ci soient obligatoires ou même volontaires [tentative de compromis proposé par la présidence].

Pour l'heure, la solution retenue est celle d'un mécanisme optionnel de responsabilité solidaire limitée au sous-traitant direct dans le secteur de la construction que les Etats pourront éventuellement mettre en œuvre après consultation des partenaires sociaux. Les Etats membres auront la possibilité d'en élargir le champ d'application.

**Avis :**

Le choix d'un **mécanisme optionnel**, limité à un seul secteur et au sous-traitant direct ne doit pas être approuvé.

En plus des mécanismes de responsabilité, le Conseil souhaite que les Etats membres puissent prendre les mesures appropriées pour éviter les atteintes aux droits des travailleurs dans le contexte de la sous-traitance :

- Mesures préventives prises par le contractant lors du choix de ses sous-traitants
- Obligations à la charge du sous-traitant, notamment concernant la protection des droits des travailleurs
- Exigences relatives aux preuves du respect de la législation applicable que le sous-traitant doit fournir
- Obligation d'enregistrement pour les entreprises de travail intérimaire

---

<sup>38</sup> Traduction non officielle. Voici la version originale : « Member States shall take measures on a non-discriminatory basis, to ensure that a company that instructs another company directly or indirectly to provide services on its behalf can be held liable in addition to or in place of any subcontractor for due entitlements to employees and/or due social security contributions to common funds or institutions of social partners. »

- Obligations d'information et de contrôle à la charge des syndicats, du contractant ou du bénéficiaire du service
- Autres obligations liées à la mise en œuvre de la diligence voulue prévues par la législation ou les pratiques nationales

Les Etats membres doivent informer la Commission européenne des mesures éventuellement adoptées et rendre ces informations disponibles de façon générale.

**Avis :**

Ces nouvelles dispositions semblent constituer un **premier pas vers un encadrement du recours à la sous-traitance** qui doit être salué. Cet amendement va dans le sens de la position défendue plus haut, selon laquelle il convient d'encadrer le recours à la sous-traitance, notamment en éclaircissant le concept de « diligence voulue » permettant au donneur d'ordre de s'exonérer de sa responsabilité (voir supra).

**D/ Autres remarques**

**Avis :**

À plusieurs reprises dans les textes proposés par le Parlement européen ou le Conseil de l'Union, il est fait mention de la lutte contre le **travail non-déclaré**, contre **l'utilisation frauduleuse du statut de travailleur indépendant**, ou encore de la **protection de données**. **Le foisonnement des références nuit sans doute à leur efficacité.** De plus, celles-ci sont parfois placées à des endroits surprenants. Cependant, **il s'agit effectivement de thèmes très importants**, en particulier dans le contexte du détachement.

Le Parlement propose d'imposer aux autorités compétentes des Etats membres de **collecter les données relatives au détachement**. Cet amendement est le bienvenu dans la mesure où l'une des caractéristiques du phénomène de détachement est précisément que l'on a des difficultés à le mesurer.

---

Luxembourg, le 8 octobre 2013