

❖ Résumé

La proposition de directive COM(2012)131 du 21 mars 2012 a pour objet de préciser les **modalités de mise en œuvre de la directive 96/71/CE** concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service et, dans ce contexte, de préciser la notion de détachement et de contrer les abus.

La prestation transfrontière de services, dont le détachement est une forme, est d'une importance capitale pour une économie ouverte comme celle du Luxembourg et des autres pays qui ne disposent pas d'un grand marché domestique. L'UEL se doit donc de prendre position par rapport à ce texte qui présente un intérêt certain pour les entreprises qu'elle représente.

Le **détachement** est une notion dont il est assez difficile de préciser les contours (cf. point 1.1.). En pratique, il convient de maîtriser et de respecter, en sus de la directive 96/71/CE, les règles applicables en matière de sécurité sociale et de fiscalité. Or, il n'y a **pas de cohérence** entre les régimes prévus par ces différents textes. Cela rend l'application du régime de détachement encore plus complexe.

La proposition de directive remédie quelque peu à cet écueil en se calquant pour partie sur les règles et principes applicables en matière de sécurité sociale, notamment à l'**article 3** pour lutter contre les abus en matière de détachement (cf. point 1). Cette approche méconnaît cependant les différences textuelles qui existent entre la directive 96/71/CE et le règlement n° 883/2004 et généralise des principes qui semblent difficilement applicables aux entreprises à vocation internationale (cf. point 1.4.2. et point 1.4.4., 2^{ème} paragraphe). Cela étant, le choix opéré par la Commission de recourir à une liste indicative et non exhaustive de critères d'appréciation pour lutter contre les détachements fictifs est acceptable aux yeux de l'UEL (cf. point 1.4.3.) sous réserve toutefois de quelques modifications indispensables des paragraphes (1) et (2) de l'article 3 de la proposition de directive (cf. points 1.3., 1.4.2., 1.4.4.).

Par ailleurs, l'accès à l'information (**article 5** de la proposition de directive) est fondamental en matière de détachement pour permettre aux intéressés de respecter la législation applicable. (cf. point 2.). Les autorités compétentes, dans le cadre de leur coopération mutuelle, jouent également un rôle crucial tant pour diffuser les informations sur les règles applicables que pour contrôler le respect de ces règles. Ces deux aspects sont actuellement déficients ce qui entrave les opérations de détachement. Il est capital de faciliter l'accès aux informations, notamment en anglais, et d'améliorer la coopération entre ces autorités pour faciliter les détachements et en assurer le bon déroulement.

En ce qui concerne l'**article 9** de la proposition de directive, la liste des mesures de contrôle doit être exhaustive pour faciliter autant que possible les détachements entre EM (cf. point 3.2.). Elle doit toutefois être établie en fonction des objectifs poursuivis (cf. points 3.1. et 3.3.) et fixer des exigences raisonnables et précises à l'égard des entreprises (cf. points 3.4. et 3.5.).

Enfin, selon l'UEL, la proposition de directive impose aux entreprises des charges disproportionnées et inéquitables. La responsabilité solidaire envisagée à l'**article 12** doit être supprimée alors que seule une minorité d'EM ont un régime de ce genre et que cette responsabilité transfère à charge des entreprises une partie de la mission de contrôle des autorités compétentes qui peinent elles-mêmes à en venir à bout.

❖ Importance du régime de détachement et objet de la proposition de directive

Dans une économie ouverte comme celle du Luxembourg, les transactions transnationales sont d'une importance capitale. Le régime du détachement, prévu par la directive 96/71/CE, règle un des aspects de ces transactions, à savoir une prestation transnationale de service se matérialisant par l'envoi temporaire de travailleurs par une entreprise établie dans un EM dans un autre EM. Comme les conditions de travail diffèrent généralement d'un pays à l'autre, la directive 96/71/CE vise à permettre « l'identification des conditions de travail dans un Etat membre autre que l'Etat dont la loi régie la relation de travail » (COM(2003)458, page 3). Ce faisant, le régime du détachement tend à protéger les droits des travailleurs tout en favorisant un climat de concurrence loyale entre les prestataires de services des différents EM de l'UE.

Depuis son entrée en vigueur, la directive a suscité un certain nombre de problèmes d'application relevés par la Commission dans son document de travail du 21 mars 2012 (SWD(2012)64)¹. La proposition de directive COM(2012)131 a ainsi pour objet de remédier à ces écueils² par

1. la prévention des abus et contournements et les éléments d'amélioration de l'application et de l'appréciation de la notion de détachement ;
2. l'accès à l'information ;
3. la coopération administrative et l'assistance mutuelle ;
4. le contrôle du respect des dispositions applicables, mesures de contrôles nationales, lien avec la coopération administrative ;
5. l'exécution, la défense des droits, les chaînes de sous-traitance, la responsabilité et les sanctions ;
6. et l'exécution transfrontalière d'amendes et de sanctions administrative.

L'UEL souhaite prendre position par rapport à cette proposition de directive et concernant le projet de rapport de la Commission de l'emploi et des affaires sociales (« projet de rapport EMPL ») du 8 novembre 2012. Seuls les points 1, 2 et 5 susmentionnés qui concernent directement les entreprises seront analysés en détail dans le cadre des développements qui suivent.

❖ Commentaires des dispositions de la proposition de directive

1. Article 3 : prévention des abus et contournements

L'article 3 a pour objet de prévenir les abus et contournements de la législation sur le détachement. Il reprend deux séries d'éléments factuels concernant l'entreprise d'envoi et le travailleur détaché en vue d'évaluer s'il y a détachement. Dans la proposition de directive, ces listes d'éléments factuels ne sont pas limitatives (listes « ouvertes »).

1.1. La notion de détachement est complexe et s'apprécie paradoxalement plus difficilement pour les entreprises actives au niveau transfrontalier. La référence aux principes de sécurité sociale pour clarifier cette notion contribue certes à assurer une meilleure cohérence du droit communautaire mais présente néanmoins certains inconvénients.

La notion de détachement dans la directive 96/71/CE est une notion complexe dont il est difficile de préciser les contours. Le détachement suppose l'existence de plusieurs liens de rattachement :

- lien entre le travailleur détaché et l'entreprise d'envoi : « relation de travail » (article 1.3),
- lien entre le travailleur détaché « pendant une période limitée » et l'EM depuis lequel il est détaché : « sur le territoire duquel il travaille habituellement » (article 2.1),

¹ Cf. point 3.2. « Les problèmes à régler », pages 5 et suivantes.

² Cf. notamment point 2.2. de l'exposé des motifs, page 11.

- lien entre l'entreprise d'envoi et l'EM depuis lequel le travailleur est détaché : l'entreprise doit y être « établie » (article 1.1).

Il s'agit de vérifier si l'entreprise d'envoi et ses travailleurs, afin de justifier l'application du régime « dérogatoire » de détachement, ont des liens plus étroits avec l'EM d'origine des travailleurs plutôt qu'avec l'EM d'accueil ou encore avec un autre état. Paradoxalement, l'appréciation de ces liens s'avère plus difficile pour les entreprises à vocation internationale dont les travailleurs sont extrêmement mobiles et pour les entreprises établies dans des EM de plus petite taille dont l'activité s'étend plus rapidement au-delà des frontières (cf. point 1.3., 3^{ème} paragraphe). Cette difficulté ne peut être négligée dans les arbitrages à mener dans le cadre de la proposition de directive sous avis.

Pour préciser la notion de détachement, la Commission a choisi de faire référence aux principes applicables en droit de la sécurité sociale, issus des règlements n° 883/2004 et n° 987/2009, de la jurisprudence de la CJUE et des décisions de la Commission administrative compétente dans ce domaine. Un rapprochement de ces législations communautaires est certes nécessaire, d'autant qu'il n'est pas souhaitable qu'une entreprise réalise un détachement conforme à la directive 96/71/CE mais ne se voit pas appliquer le régime de sécurité sociale correspondant pour non respect des deux règlements susmentionnés. Il convient cependant de garder à l'esprit que les principes de sécurité sociale sont basés sur d'autres textes qui emploient une autre terminologie que la directive 96/71/CE et dont certains principes semblent inappropriés pour les entreprises actives sur le plan communautaire voire international (cf. point 1.4.2. et point 1.4.4., 2^{ème} paragraphe).

1.2. Le lien entre le travailleur détaché et l'entreprise d'envoi est apprécié en principe au regard de la législation de l'EM d'accueil. Les règles de sécurité sociale pourraient constituer une source d'inspiration pour préciser cette notion.

La proposition de directive ne s'attarde pas à préciser ce lien, probablement à juste titre car la directive 96/71/CE prévoit que la notion de travailleur s'apprécie au regard de la législation de l'EM d'accueil (article 2.2). Pourtant, la relation de travail dans le cadre du détachement diffère de la relation de travail dans un cadre purement national du fait notamment de l'éloignement qui sépare l'employeur et le travailleur qui peut atténuer le lien de subordination.

La notion de travailleur et l'appréciation du lien réel entre le travailleur et l'entreprise d'envoi a déjà fait couler beaucoup d'encre. Suivant la CJUE statuant en matière de libre circulation des travailleurs, « la caractéristique essentielle d'une relation de travail (...) est la circonstance qu'une personne accomplit, pendant un certain temps en faveur d'une autre et sous la direction de celle-ci, des prestations en contrepartie desquelles elle perçoit une rémunération » (arrêt C-268/99 « Aldona » du 20 novembre 2001, point 34). La Commission européenne, reprenant la jurisprudence de la CJUE, précise encore qu'un « travail effectué dans un lien de subordination se caractérise par le fait que l'employeur détermine le choix de l'activité, la rémunération et les conditions de travail » (COM(2010)373, page 5).

La Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, dans sa décision A2 du 12 juin 2009, a quant à elle, établi en matière de détachement que :

« Le travail est à considérer comme effectué pour le compte de l'employeur de l'État d'envoi lorsqu'il est établi que ce travail est effectué pour cet employeur et qu'il subsiste un lien organique entre le travailleur et l'employeur qui l'a détaché.

En vue d'établir si un tel lien organique subsiste, supposant donc que le travailleur reste placé sous l'autorité de l'employeur d'envoi, il y a lieu de prendre en compte un faisceau d'éléments, notamment la responsabilité en matière de recrutement, de contrat de travail, de rémunération (sans préjudice d'éventuels accords entre l'employeur de l'État d'envoi et l'entreprise de l'État d'emploi concernant le versement de la rémunération aux travailleurs) et de licenciement et le pouvoir de déterminer la nature du travail ».

Il serait opportun de mentionner dans la proposition de directive de manière indicative et non exhaustive des éléments d'appréciation comme ceux évoqués ci-dessus pour guider les EM et les

entreprises dans leur appréciation du lien qui doit exister entre le travailleur détaché et l'entreprise d'envoi. L'exercice est cependant délicat étant donné l'absence de marge de manœuvre laissée par la directive 96/71/CE qui confie en principe cette tâche à l'EM d'accueil.

1.3. Le lien entre le travailleur détaché et l'EM depuis lequel il est détaché est précisé à l'article 3 (2) de la proposition de directive. Les critères devraient être modifiés pour être tous de même nature.

Selon la CJUE, « [a]ucune disposition du traité ne permet de déterminer, de manière abstraite, la durée ou la fréquence à partir de laquelle la fourniture d'un service ou d'un certain type de service dans un autre État membre ne peut plus être considérée comme une prestation de services au sens du traité » (note de bas de page 46 de l'exposé des motifs de la proposition de directive). Il n'est donc pas possible de définir *a priori* ce qu'est une période limitée. Cet élément caractéristique du détachement sera apprécié au cas par cas.

Pour réduire quelque peu l'incertitude dans laquelle baignent les EM et les entreprises, la proposition de directive fixe à l'article 3 (2) l'un ou l'autre élément d'appréciation dans le cadre d'une liste indicative et non exhaustive. L'UEL approuve cette approche non contraignante de « faisceau d'indices » qui indique des éléments de référence sans pour autant figer les contours de ces notions non définies par le Traité.

A noter que la détermination du territoire de travail « habituel » d'un travailleur peut s'avérer ardue en pratique pour les travailleurs régulièrement détachés dans d'autres EM, ce qui sera probablement plus fréquent pour les entreprises établies dans un EM disposant d'un marché national plus réduit comme au Luxembourg. Il en va de même pour les travailleurs qui viennent d'être embauchés et sont peu de temps après détachés dans un autre EM, la détermination d'un lieu de travail « habituel » devenant dans ce cas quelque peu « fictive ». En matière de sécurité sociale, le règlement n° 1408/71 contenait un critère de rattachement similaire (article 14 (1a)) puisqu'il visait « la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un État membre au service d'une entreprise dont elle relève normalement et qui est détachée par cette entreprise sur le territoire d'un autre État membre ». Ce critère a été abandonné par le règlement 883/2004 (article 12) qui se concentre désormais sur le lien entre l'entreprise d'envoi et l'EM depuis lequel sont détachés les travailleurs. L'article 14 (1) du règlement n° 987/2009 précise même que le travailleur détaché peut être une « personne recrutée en vue de son détachement dans un autre État membre, à condition qu'elle soit juste avant le début de son activité salariée, déjà soumise à la législation de l'EM dans lequel est établi son employeur ». La décision A2 du 12 juin 2009 de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale a précisé « qu'à titre indicatif, l'exigence formulée par les termes « juste avant le début de son activité salariée » peut être considérée comme remplie si la personne concernée était soumise à la législation de l'État membre d'établissement de l'employeur depuis au moins un mois » et que des « durées plus courtes nécessiteraient une évaluation au cas par cas tenant compte de tous les autres facteurs ». Cette interprétation pourrait éventuellement être intégrée dans la proposition de directive pour limiter l'impact du terme « habituel » utilisé dans la directive 96/71/CE.

L'UEL estime enfin que les critères de l'article 3 (2) devraient être de même nature. En effet, la plupart des critères du paragraphe (2) font « présumer » que le détachement est réel. Par exemple, le fait que le voyage, la nourriture et l'hébergement sont assurés ou pris en charge par l'entreprise d'envoi donne à penser qu'il s'agit bien d'un détachement. Ce n'est pas le cas du point (j)³. Il serait préférable que tous les critères du paragraphe (2) soient de même nature et que ce paragraphe (2) soit modifié en ce sens.

³ Suivant le point (j), il faut prendre en compte « toute période répétée antérieure au cours de laquelle le poste a été occupé par le même ou un autre travailleur (détaché) ».

1.4. Le lien entre l'entreprise d'envoi et l'EM depuis lequel le travailleur est détaché, appréhendé à l'article 3 (1) de la proposition de directive, est un élément clé dans la lutte contre les abus en matière de détachement. Il doit cependant être apprécié de manière raisonnable.

1.4.1. Il faut éviter de faire un amalgame entre la notion d'établissement et les critères fixés à l'article 3 (1) de la proposition de directive.

Pour qu'il y ait détachement, il faut, suivant l'article 1^{er}, point 1 de la directive 96/71/CE, que l'entreprise d'envoi soit établie dans un EM, sans autre précision.

La proposition de directive entend remédier à cette « prétendue lacune » de la directive 96/71/CE (cf. point 3.2.2.2., page 7 du document de travail SWD(2012)64 de la Commission du 21 mars 2012 et point 3.4.2., pages 14 et 15 de l'exposé des motifs de la proposition de directive) et fixe ainsi des critères pour vérifier ce « lien réel » entre l'entreprise d'envoi et l'EM d'origine des travailleurs détachés. Pour ce faire, la Commission se base essentiellement sur les règles plus explicites de sécurité sociale applicables au détachement, issues de la jurisprudence de la CJUE concernant l'application du règlement en matière de coordination de sécurité sociale et des décisions de la Commission administrative compétente dans ce domaine au niveau communautaire.

Dans ce contexte, il convient d'éviter de faire une assimilation que semble faire par endroit la Commission entre

- d'une part, la notion d'établissement, qui n'est pas définie par le Traité,
- et d'autre part, les critères fixés pour éviter les abus repris à l'article 3 (1) de la proposition de directive et inspirés des principes du droit de la sécurité sociale.

En effet, la notion d'établissement est appréhendée de manière très large dans la directive 2006/123/CE du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur (cf. considérants (37), (64), (77) et (86)) qui reste le texte de référence en la matière⁴. La législation communautaire autorise en effet les entreprises à disposer de plusieurs établissements d'importance diverse (administration centrale, filiale, succursale, bureau,...). Elle n'implique pas nécessairement l'exercice d'une activité substantielle autre que la simple gestion administrative ou interne dans un EM, contrairement aux exigences plus strictes fixées à l'article 3 (1) de la proposition de directive inspirées des principes retenus en matière de sécurité sociale. L'article 3 (1) précité ne vise donc pas à définir la notion d'établissement mais à préciser le lien plus étroit qui doit exister entre l'entreprise d'envoi et l'EM depuis lequel sont détachés les travailleurs par rapport à d'autres états en vue de l'application du régime de détachement à ces travailleurs.

1.4.2. Le critère des « activités substantielles » devrait être un critère parmi d'autres alors que le rapprochement entre les principes applicables en matière de sécurité sociale et ceux en matière de « droit du travail » doit tenir compte des entreprises à vocation internationale.

L'article 3 (1) de la proposition de directive exige que l'entreprise d'envoi exerce dans son EM d'établissement réellement des activités substantielles autres que celles relevant uniquement de la gestion interne ou administrative. Ces deux critères sont issus de la jurisprudence de la CJUE concernant l'application des règles de sécurité sociale⁵ en matière de détachement (cf. notamment l'arrêt C-202/97 « FTS » du 10 février 2000, point 45 et l'arrêt C-404/98 « PLUM » du 9 novembre

⁴ Il ne serait d'ailleurs pas concevable que chaque texte normatif puisse reprendre des notions du droit communautaire, comme celle d'établissement, et en déterminer le contenu suivant les besoins et objectifs poursuivis, ces notions étant alors définies de manière éparse au gré des diverses législations qui les utilisent.

⁵ Règlement N° 883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale – Article 12 – Règles particulières : « 1. La 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. »

2000, point 22). Un rapprochement des législations communautaires est certes souhaitable mais les entreprises nouvellement constituées ou les entreprises à vocation internationale peuvent avoir des difficultés à remplir ces deux critères. L'UEL aurait ainsi plutôt tendance à se rallier à la position retenue dans le projet de rapport EMPL qui est de ne pas retenir cette exigence comme « le » critère de référence à évaluer (cf. amendement 23). Cela étant, l'exercice d'une activité substantielle dans l'EM d'établissement de l'entreprise d'envoi devra constituer un critère parmi d'autre permettant de plaider en faveur d'un détachement réel. Il sera alors être repris comme critère au même titre que les éléments fixés aux points (a) à (e) de l'article 3 (1) de la proposition de directive sur base desquels les entreprises devront prouver les liens étroits qui existent entre elles et l'EM d'origine des travailleurs. Le point (d) qui vise « le lieu où l'entreprise exerce l'essentiel de son activité commerciale et où elle emploie du personnel administratif » exprime d'ailleurs déjà une idée similaire.

Plus fondamentalement, la question se pose de savoir si cette condition d'exercice d'activités substantielles ne pourrait pas être adoucie au niveau des principes retenus en matière de sécurité sociale. Il y aurait ainsi un rapprochement du « droit du travail » et du droit de la sécurité sociale tout en préservant l'exercice d'activités internationales et sans pour autant affaiblir la charge de la preuve qui repose sur les entreprises qui devront toujours établir la réalité du lien qui les rattache à l'EM d'origine des travailleurs.

1.4.3. La liste de l'article 3 (1) doit rester indicative et non exhaustive.

Les éléments énoncés à l'article 3 (1) sont indicatifs et la liste n'est pas exhaustive. Il ne s'agit pas de conditions à remplir. L'article 3 propose plutôt une sorte de « grille d'évaluation ».

La rapporteure auprès de la Commission EMPL propose de fermer ces listes en empêchant les EM d'ajouter d'autres critères d'appréciation pour renforcer la sécurité juridique et assurer autant que possible une interprétation cohérente de la notion de détachement dans l'ensemble des EM. L'UEL approuve les objectifs ainsi poursuivis par la rapporteure. Elle s'interroge toutefois sur l'opportunité de limiter les critères d'appréciation dans le cadre de cette approche.

Selon l'UEL, l'essentiel est de démontrer que le cas relève du champ d'application du régime de détachement. Il semble donc préférable de laisser aux entreprises et aux autorités la possibilité d'apporter aux débats les éléments qu'elles jugent pertinents pour une correcte appréciation du détachement considéré plutôt que de les amener à rattacher artificiellement à un des critères mentionnés à l'article 3 un élément de fait pertinent qui n'y serait pas repris (exemples : volume de services prestés, quantité d'heures effectuées, nombre de travailleurs détachés, nombre total de travailleurs, fréquence des détachements suivant les pays concernés,...).

Le risque d'une liste ouverte est double :

- d'une part, un EM pourrait fixer, de façon volontairement laxiste ou non, d'autres critères d'appréciation moins pertinents qui pourraient être utilisés par des entreprises désireuses de profiter abusivement du régime de détachement. Il y a toutefois fort à parier que l'EM qui n'a pas la volonté de contrer les abus sera également laxiste au niveau des contrôles indépendamment du nombre de critères.
- d'autre part, un EM pourrait fixer, éventuellement pour protéger son marché national, des critères supplémentaires d'appréciation plus stricts qui freineraient le détachement sur son territoire.

Il appartiendra dès lors aux instances communautaires compétentes de veiller à une correcte application des marges d'appréciation laissées par l'article 3 (1) de la proposition de directive et la directive 96/71/CE. La Commission devra remplir son rôle de « gardienne des Traités » pour éviter les abus de la part des EM.

1.4.4. Les critères d'évaluation devraient être de même nature.

L'article 3 (1) de la proposition de directive combine différents types de critères. L'UEL suggère donc de supprimer au minimum les termes « anormalement réduit » du point « e » pour rendre ce critère plus « neutre » tout comme les autres critères de ce paragraphe (1).

Le Luxembourg, en tant que pays très « internationalisé » est particulièrement sensible au commentaire de la rapporteure concernant cet article : « il est possible qu'en raison d'un important marché à l'étranger, le chiffre d'affaires réalisé par une entreprise dans le pays d'établissement soit très limité, ce qui ne compromet pas la nature véritable du détachement ». La « justification » est exacte. Mais la solution préconisée par la rapporteure de supprimer le point (e) ne l'est pas. Le nombre de contrats et le chiffre d'affaires doivent rester un critère parmi d'autres mais ce critère doit être modifié pour être de même nature que les autres critères de l'article 3 (1).

2. Article 5 : un meilleur accès à l'information

L'accès à l'information, notamment quant aux droits et obligations des parties intéressées au détachement, est fondamental puisqu'il conditionne le respect desdites obligations (COM(2007)304, page 10). Or, les entreprises ont actuellement les plus grandes difficultés à trouver les informations sur les conditions de travail applicables dans les autres EM, surtout dans une langue qu'elles comprennent. Il en va de même pour cibler les autorités compétentes. Ces dernières ont ainsi un rôle crucial à jouer dans la diffusion de l'information tant au profit des entreprises et de leurs travailleurs qu'au bénéfice des autorités des autres EM. Elles ont le devoir de mettre à disposition des parties prenantes des informations claires, précises, facilement accessibles et aussi de les tenir à jour. Il est capital de remédier aux déficiences actuelles qui constituent un frein très important en matière de détachement et donc de rendre aisément accessibles les informations complètes et fiables applicables dans le cadre de ce régime.

2.1. La loi doit rester la source des droits et obligations.

La proposition de directive apporte quelques améliorations à cet égard en exigeant que les informations soient « largement diffusées, claires, complètes et facilement accessibles et par voie électronique, dans des formats et selon des normes web garantissant un accès aux personnes handicapées » et que ces informations soient exposées « clairement sur des sites web nationaux, de manière détaillée et conviviale et dans un format accessible » (article 5). L'UEL s'oppose à l'idée suivant laquelle les informations données sur le ou les sites de référence devraient être contraignantes (amendement 34 du projet de rapport EMPL). En effet, c'est la loi et les obligations résultant des conventions collectives qui doivent être contraignantes et non les informations retranscrites sur les sites dédiés aux détachements.

2.2. L'idéal serait de regrouper les informations sur un site unique et que les autorités soient réactives dans le cadre de la coopération entre EM.

La proposition de directive mentionne également la possibilité pour les EM de désigner « une ou plusieurs autorités compétentes » (article 4). Si l'intention est louable, il faudra veiller au minimum à ce que ces sources délivrent la même information et exigent les mêmes documents. L'idéal serait que l'information soit regroupée sur un site unique⁶ détaillé et mis systématiquement à jour par EM et que la Commission puisse réunir sur une même page internet l'accès à ces différents sites. A terme, il serait préférable d'avoir un site unique au niveau européen.

L'accès aux informations requiert également une bonne coopération entre les autorités compétentes, ce qui n'est pas le cas actuellement. Les autorités devraient être très réactives lors d'une demande d'information, d'autant que les détachements peuvent être réalisés dans l'urgence et/ou être de courte durée. L'UEL approuve l'idée d'ajouter les termes « sans délai » pour le délai de réponse entre autorités compétentes fixé à l'article 6 (2) de la proposition de directive (cf.

⁶ cf. amendement 37 du projet de rapport EMPL.

amendement 40 du projet de rapport EMPL). Il est crucial d'améliorer la coopération entre les autorités compétentes pour faciliter les opérations de détachement au lieu de les ralentir.

2.3. L'information devrait être disponible en anglais.

Au niveau des exigences linguistiques, il va sans dire que l'anglais reste la langue véhiculaire par excellence dans les relations internationales et il serait intéressant que tous les EM fournissent des informations dans cette langue (cf. amendement 37 du projet de rapport EMPL).

3. Article 9 : mesures nationales de contrôle

L'article 9 relatif aux mesures nationales de contrôle a pour objet de régler les mesures que peuvent imposer les EM à l'égard des entreprises qui entreprennent un détachement. La liste actuelle de l'article 9 de la proposition de directive est exhaustive.

3.1. La liste de l'article 9 doit être établie en fonction des objectifs poursuivis.

Suivant la Commission, l'« inventaire des mesures de contrôle mises en œuvre par les Etats membres fait ressortir leur diversité saisissante » (COM(2007)304, page 6).

Pour déterminer les mesures de contrôle acceptables, la Commission précise que « les contrôles et le suivi déjà effectués dans l'Etat membre d'origine, de même que l'efficacité de la coopération administrative, devront être pris en considération » (COM(2007)304, page 7)⁷.

Pour fixer les mesures de contrôle dans la proposition de directive, il convient surtout de garder à l'esprit ce que les autorités doivent contrôler. Suivant la directive 96/71/CE, les EM doivent veiller à ce que les entreprises qui détachent un travailleur sur leur territoire respectent les conditions de travail minimales fixées à l'article 3 (1) de la directive.

L'article 3 (10) de la directive 96/71/CE reconnaît en outre aux EM la possibilité, dans le respect du traité CE, d'imposer de manière non discriminatoire, aux entreprises qui détachent des travailleurs sur leur territoire,

- des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées au paragraphe (1), premier alinéa, de cet article, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public.
- des conditions de travail et d'emploi fixées dans des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'obligation générale et concernant des activités autres que celles du secteur de la construction.

La proposition de directive ne précise pas quelles sont les dispositions contrôlées via les mesures prévues à l'article 9. S'agit-il des mesures destinées à vérifier la bonne application de l'article 3 (1) de la directive 96/71/CE ? Ou celle de l'article 3 (10) ? Qu'en est-il de la mission des EM de « combattre le travail illégal et non déclaré, y compris sous la forme de travail indépendant déguisé, ainsi qu'à lutter contre les activités illégales d'agences d'intérim étrangères fictives » (COM(2007)304, page 7) ? Et de celle de lutter contre les détachements fictifs en général ? L'article 9 de la proposition de directive devrait clarifier l'objectif poursuivi.

⁷ « La nécessité de procéder à une *comparaison des législations des différents Etats* constitue une autre source de difficultés. Dans certains domaines, les services compétents ne peuvent se contenter de contrôler le respect des dispositions du droit du travail interne ; ils doivent, en outre, vérifier au préalable si l'employeur ne respecte pas une législation équivalente en vigueur dans le pays d'établissement de l'entreprise. Or, la comparaison des législations impose non seulement la connaissance des législations des autres Etats membres, mais encore l'appréciation de leur équivalence avec le droit interne applicable dans le pays d'accueil. Des difficultés particulières ont été rencontrées dans le secteur de l'industrie du bâtiment en ce qui concerne la comparaison des régimes des congés payés des travailleurs. » (COM(2003)458, page 15).

3.2. La liste des mesures doit être exhaustive, à tout le moins pour contrôler l'application de l'article 3 (1) de la directive 96/71/CE.

Dans un souci de simplification administrative et pour faciliter les opérations de détachement, les formalités et documents devraient rester fixés dans la proposition de directive de manière limitative (liste « fermée ») pour que ces charges soient identiques dans tous les EM. Les mesures fixées à l'article 9 sont suffisantes à cet égard, à tout le moins pour vérifier l'application des exigences minimales fixées à l'article 3 (1) de la directive 96/71/CE.

3.3. La proposition de directive ne devrait pas régler les mesures de contrôles de l'application de l'article 3 (10) de la directive 96/71/CE.

L'ouverture laissée aux EM par l'article 3 (10) de la directive 96/71/CE ne permet pas de définir *a priori* qu'elles seront les règles que les EM entendront faire respecter aux entreprises qui détachent des travailleurs sur leur territoire. Il n'est donc en principe pas possible de définir *a priori* les mesures de contrôle qui seront nécessaires. Selon l'UEL, la proposition de directive ne doit donc pas régler les mesures de contrôles liées à l'article 3 (10) de la directive 96/71/CE. Cela étant, il semble que l'interprétation donnée à la notion d'ordre public pour cette disposition soit assez restrictive puisqu'elle concerne par exemple « la liberté syndicale et le droit de négociation collective, l'interdiction du travail forcé, le principe de non discrimination et l'élimination du travail des enfants lorsqu'il constitue une forme d'exploitation, la protection des données et le droit au respect de la vie privée » (COM(2003)458, page 15). L'ordre public aux termes de l'article 3 (10) impliquerait ainsi davantage des contrôles directs au sein des entreprises concernées plutôt que la fourniture de documents par ces dernières. Ainsi, même si l'article 9 de la proposition de directive devait s'appliquer à l'article 3 (10) de la directive 96/71/CE, *quod non*, une liste exhaustive serait suffisante.

3.4. Les exigences de traduction à charge des entreprises doivent être raisonnables.

« Parmi les difficultés soulevées par le contrôle des situations de détachement, figure tout d'abord l'obstacle linguistique » (COM(2003)458, page 15).

En ce qui concerne la traduction, la difficulté réside dans le fait que l'exigence d'une traduction ne doit pas constituer un frein au détachement tandis que l'absence de traduction ne doit pas constituer un frein au contrôle par les autorités compétentes. Il convient également de déterminer qui, des entreprises ou des autorités de contrôle, doit supporter la charge de la traduction. La possibilité de demander une traduction pour les documents qui ne sont pas longs et habituellement établis sur la base de formulaires standards telle que prévue par la proposition de directive au point c) de l'article 9 (1) tente de trouver un équilibre à cet égard. Elle pourra toutefois être aisément contournée en rédigeant des documents longs et atypiques. L'UEL se demande s'il ne serait pas opportun de pouvoir exiger en plus une traduction en fonction de la durée du détachement : si celui-ci dure plus d'un mois, l'entreprise pourrait être tenue, sur demande des autorités compétentes, de fournir une traduction des documents dans un délai raisonnable peu importe alors le type ou la taille du document à traduire. En outre, les autorités de tous les EM devraient être tenues d'accepter des documents fournis en anglais.

3.5. La mission de la personne de contact devrait être précisée.

En ce qui concerne la personne de contact, il conviendrait de préciser plus clairement le champ d'application des négociations, à savoir la négociation des conditions de travail en fonction de la législation et des pratiques nationales de l'EM d'accueil. De manière générale, les EM devraient en outre pouvoir demander que soit désignée une personne de contact « servant de lien entre l'entreprise étrangère et l'autorité de contrôle compétente » pendant la période du détachement (COM(2006)159, page 4).

4. Article 12 : sous-traitance – responsabilité solidaire

L'article 12 prévoit une responsabilité solidaire à charge du contractant dont l'employeur est un sous-traitant direct du paiement de rémunérations, taxes et cotisations sociales, d'office dans le secteur de la construction et au choix des EM pour les autres secteurs.

4.1. Le régime envisagé est excessif et doit être supprimé.

L'UEL s'oppose catégoriquement au régime de responsabilité solidaire envisagé :

- en raison des coûts importants que cela va engendrer pour les entreprises, surtout pour les petites entreprises (ex. : demande d'informations éventuellement couvertes par le régime de protection des données, vérification et traduction des informations, gestion des documents, nécessité de prendre des garanties supplémentaires) pour couvrir le risque de défaut du sous-contractant sans réel pouvoir de vérifier ni d'exiger que l'entreprise débitrice ne paye réellement lesdits salaires et cotisations.

Il est irréaliste et inéquitable de faire supporter aux entreprises de telles charges alors que ce n'est pas leur rôle et que les autorités compétentes elles-mêmes éprouvent de sérieuses difficultés à réaliser leurs missions de contrôle et de sanction. Il convient également de garder à l'esprit que les coûts supplémentaires à charge des entreprises seront répercutés sur les clients et donc également sur les consommateurs et qu'il n'y a pas lieu d'instaurer un régime de responsabilité en cascade qui peut en définitive nuire à l'entreprise qui a fait appel au sous-traitant peu scrupuleux et par ricochet aux travailleurs de celle-ci.

- car il n'y a pas lieu d'harmoniser, dans une directive d'exécution, un régime qui n'existe pas dans tous les EM et qui, lorsqu'il existe, diffère d'un EM à l'autre (cf. proposition de directive, point 3.4.6., page 20). Il serait par ailleurs inconcevable que les EM obligés d'instaurer un régime de responsabilité solidaire en matière de détachement doivent ensuite instaurer un tel régime pour des situations nationales pour ne pas entraver la libre circulation des services et ne pas enfreindre le principe de non-discrimination.

4.2. Le régime d'exonération n'est pas clair.

A noter que le paragraphe (2) de l'article 12 donne tout pouvoir aux EM pour fixer les modalités d'exonération de cette responsabilité solidaire pour les entreprises « diligentes ». Ce mécanisme de « rattrapage » est totalement insuffisant pour contrer les excès du régime envisagé, d'autant qu'il est peu compréhensible, qu'il ne détermine pas clairement quel EM est compétent pour exonérer quelle entreprise et qu'il instaurera des régimes à plusieurs vitesses en fonction de la latitude laissée par les différents EM. Il convient de retenir des solutions conformes aux principes de subsidiarité et de proportionnalité et de laisser aux EM la liberté d'instaurer ou non ce type de régime.

UEL, le 19 juin 2013