



La directive européenne sur les travailleurs détachés (posted workers)

Jacques Freyssinet

Au sein de l'Union européenne, le recours aux travailleurs détachés assure deux fonctions principales radicalement différentes. D'une part, il est un mode de mobilisation géographique intra-européenne d'une main-d'œuvre hautement qualifiée, en particulier au sein des groupes multinationaux. D'autre part, il constitue de plus en plus un instrument de dumping social en fournissant pour des emplois faiblement qualifiés une main-d'œuvre dont le coût salarial est très inférieur à celui du pays de détachement.

Cette seconde modalité a été la source de critiques d'ampleur croissante. Elles sont venues d'abord du mouvement syndical qui dénonçait des formes scandaleuses d'exploitation des travailleurs détachés. Elles ont été relayées ensuite par certaines fractions du patronat au nom d'une concurrence déloyale. L'inefficacité de la directive de 1996 a obligé, bien tardivement, l'Union européenne à rouvrir le dossier sous la forme modeste d'une directive d'application qui vient d'être adoptée. Parallèlement, le Parlement français a voté une loi qui est présentée comme une transposition par anticipation de la directive européenne.

Des doutes sérieux pèsent sur l'efficacité potentielle du nouveau dispositif.

L'utilisation de la technique du détachement de travailleurs engendre des problèmes juridiques et sociaux complexes. Cette note en donne, dans un premier temps, une présentation simplifiée, en renvoyant pour une analyse plus précise et plus approfondie aux documents cités ci-dessous¹. Dans un deuxième temps, la genèse et les enjeux de la nouvelle directive européenne sont rappelés en mettant l'accent sur les appréciations portées par les organisations syndicales.

1. UN ÉTAT DES LIEUX

L'analyse se limite ici aux seuls mouvements concernant des travailleurs qui appartiennent à des Etats membres de l'UE. D'autres règles s'appliquent aux mouvements de main-d'œuvre en provenance de pays extérieurs à l'UE (voir l'encadré ci-après).

¹ Eurofound, *Posted workers in the European Union*, Dublin, 2010 ; Bela Galgoczi, Janine Leschke, *Intra-EU labour migration after Eastern enlargement and during the crisis*, ETUI, Working paper n° 2012.13 ; Fabienne Muller, « Union européenne. Détachement des travailleurs : abus et dérives, quels correctifs pour demain ? », *Chronique internationale de l'IREs*, n° 142, septembre 2013 ; Yvan Laplace, *L'actualité du détachement des travailleurs : discussion sur la directive d'application*, SECAFI, décembre 2013 ; Etienne Pataut, « Détachement et fraude à la loi. Retour sur le détachement des travailleurs salariés en Europe », *Revue de droit du travail*, janvier 2014 ; Laurent Cytermann, « Le détachement des travailleurs au sein de l'Union européenne », Annexe II, 3^e rapport du Haut conseil du financement de la protection sociale, mars 2014 ; Kristina Maslauskaitė, « Travailleurs détachés dans l'UE : état des lieux et évolution réglementaire », Notre Europe, *Policy Paper*, n° 107, mars 2014 ; Gilles Balbastre, « Travail détaché, travailleurs enchaînés », *Le Monde diplomatique*, avril 2014.

1.1. TRAVAILLEURS MIGRANTS ET TRAVAILLEURS DÉTACHÉS

Les deux catégories sont juridiquement de nature différente. Dans la pratique, la zone d'incertitude s'est élargie du fait des comportements opportunistes ou frauduleux des employeurs.

- Les travailleurs migrants quittent leur pays d'origine pour travailler durablement pour un employeur d'un autre pays (dit « pays d'accueil »). Leur statut est déterminé par le principe de libre circulation des personnes. Ils sont soumis à la législation du pays où ils travaillent (droit du travail et droit de la sécurité sociale) selon la règle de l'égalité de traitement qui exclut toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des Etats membres. Une récente directive (2014/54/UE du 16 avril 2014) précise les conditions d'exercice de ces droits.
- Les travailleurs détachés relèvent du principe de la libre prestation de services. Ils travaillent habituellement dans un pays, mais leur employeur, pour assurer une prestation de services, les envoie temporairement dans un autre pays. En règle générale (voir ci-après point 1.4), ils sont soumis au droit du pays où ils travaillent habituellement et où est localisé leur employeur.

Encadré

LE RÉGIME DES TRAVAILLEURS APPARTENANT À DES PAYS TIERS

Les principes de libre circulation des personnes et de libre prestation de services ne s'appliquent pas aux travailleurs qui proviennent de pays tiers. Ces derniers sont soumis à des règles spécifiques. Deux textes qui les concernent ont été discutés en même temps que se déroulait le débat sur les travailleurs postés. Ils ont pu créer une certaine confusion entre les différents domaines car la question du dumping social est partout présente.

- Une directive du 26 février 2014 (2014/36/UE) précise les conditions d'entrée et de séjour des travailleurs saisonniers provenant de pays tiers. Le texte leur assure la garantie d'un socle minimum de droits tels qu'ils existent dans le pays d'accueil. Les Etats membres restent maîtres de fixer les volumes d'admission et la durée maximale de séjour.

- Un autre projet de directive vient d'être examiné par le Parlement européen (15 avril 2014). Il concerne les détachements intragroupes vers des Etats membres de travailleurs provenant de pays tiers. La CES s'est élevée contre la rédaction actuelle du projet. Elle réclame l'application complète du principe d'égalité de traitement avec les travailleurs des Etats membres alors le texte, dans sa rédaction actuelle, ne garantit cette égalité que dans certains domaines (salaire minimum, heures de travail, conditions de santé et de sécurité).

1.2. TROIS CATÉGORIES DE TRAVAILLEURS DÉTACHÉS

La directive 96/71/CE du 16 décembre 1996² distingue trois cas de détachement :

- un travailleur qui est détaché par son employeur dans un autre pays membre dans le cadre d'un contrat de prestation de services passé avec une entreprise de ce pays ;
- un travailleur qui est détaché par une entreprise appartenant à un groupe multinational dans une autre unité de ce groupe située dans un autre pays membre ;

² « Directive concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services ».

- un travailleur qu'une entreprise d'intérim met à la disposition d'une entreprise cliente dans un autre pays membre.

Cette catégorisation fait apparaître des intérêts potentiellement contradictoires pour les travailleurs détachés. Les salariés de la première catégorie sont majoritairement détachés depuis des pays moins développés vers des pays plus développés ; ils auraient intérêt à bénéficier de la législation du pays où ils sont détachés. Les salariés de la seconde catégorie sont souvent, au sein d'un groupe, détachés de pays plus développés vers des pays moins développés ; ils ont, dans ce cas, intérêt à conserver la législation du pays d'origine. Pour les travailleurs intérimaires, tout dépend du niveau relatif des droits dans le pays d'implantation de l'entreprise d'intérim et dans le pays de détachement.

1.3. L'AMPLEUR DU RECOURS AUX DÉTACHEMENTS

Il n'existe aucune source statistique fiable sur le volume et la durée des détachements, mais seulement des estimations à partir de sources partielles et hétérogènes³.

- Le nombre total de travailleurs détachés déclarés dans l'UE27 passe de 1,1 million en 2007 à 1 million en 2009 puis à 1,2 million en 2011 (données les plus récentes).
- 60 à 66 % des détachements proviennent de l'UE15 (anciens membres), mais la part de l'UE12 (nouveaux membres) augmente régulièrement.
- Trois flux principaux peuvent être distingués :
 - entre les différents pays d'Europe continentale de l'Ouest,
 - depuis l'Europe centrale vers l'Europe continentale de l'Ouest (principalement l'Allemagne),
 - entre les pays baltes et les pays scandinaves.
- Pour la France, le nombre de détachements déclarés, inférieur à 10 000 en 2000, augmente rapidement : 38 000 en 2005, 111 000 en 2010, 170 000 en 2012 et 210 000 en 2013 (soit 33 000 équivalents temps plein)⁴ ; il faut y ajouter un nombre non négligeable de détachements non déclarés. Certaines estimations vont jusqu'à 350 000 travailleurs détachés. Le premier pays d'origine est le Luxembourg (principalement à partir d'entreprises de travail intérimaire qui y sont localisées pour des raisons fiscales et fournissent en France des travailleurs frontaliers généralement français). Les trois premières nationalités d'origine sont les Polonais, les Portugais et les Roumains. La durée moyenne des détachements serait de 44 jours.

1.4. LE DROIT APPLICABLE : LE PRINCIPE ET LES EXCEPTIONS

Un travailleur détaché est censé exercer normalement son activité dans le pays d'origine et ne travailler que temporairement dans le pays où il est détaché. Le principe est donc qu'il relève de la législation du pays où il travaille habituellement.

³ IDEA Consult, ECORYS Netherlands, *Study on the economic and social effects associated with the phenomenon of posting of workers in the EU*, European Commission, March 2011.

⁴ Il est difficile de distinguer entre ce qui résulte d'une croissance réelle et ce qui traduit des taux de déclaration plus élevés du fait du renforcement des contrôles. Pour 2013, il s'agit d'une estimation provisoire (Commission nationale de lutte contre le travail illégal, *Bilan du Plan national de lutte contre le travail illégal 2013-2015 – Perspectives 2014*, 5 décembre 2013).

Cette règle s'applique intégralement pour le droit de la protection sociale⁵. En revanche, en ce qui concerne le droit du travail, la directive de 1996 admet que le pays d'accueil impose sa législation pour « *un noyau de règles impératives de protection minimale* » : le salaire minimum, la durée maximale du travail, des durées minimales de repos et de congés payés, la sécurité au travail, l'égalité de traitement entre femmes et hommes. Selon l'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), ce noyau doit être compris de manière restrictive, donc ne peut être élargi par un Etat membre en ce qui le concerne.

Dans ce cadre, la CJUE a de plus considéré, notamment dans le célèbre arrêt Laval, que seules s'imposaient aux entreprises utilisant des travailleurs détachés les normes fixées par une loi ou par des conventions collectives d'application générale (dans le cas de la France, conventions collectives étendues). Dans les pays où les conventions collectives ne sont pas étendues (pays scandinaves) ou le sont très rarement (Allemagne), elles ne s'imposent pas aux entreprises qui fournissent des travailleurs détachés. Dans ce cas, les salaires peuvent être ceux du pays d'origine⁶.

Depuis 1996, la mise en œuvre de la directive a mis en évidence deux types de problèmes, partiellement imbriqués : d'une part, l'imprécision des textes rend possible des pratiques de *dumping social* qui ne sont pas juridiquement condamnables ; d'autre part, la faiblesse des contrôles permet le développement de formes massives de fraude rarement sanctionnées.

1.5. LES FAILLES DE LA DIRECTIVE

La directive présente deux faiblesses principales qui rendent possibles des abus sans que l'on puisse, en pratique, établir sa violation.

En premier lieu, elle ne donne qu'une définition vague du travailleur détaché : il exécute son travail « pour une période limitée » hors de l'Etat où il travaille « habituellement ». La directive ne fixe aucune limite pour cette période limitée (à la différence du règlement sur la sécurité sociale qui prévoit une durée maximale de 24 mois). Dès lors, de vastes marges de liberté sont offertes aux utilisateurs du dispositif, par exemple :

- l'entreprise prestataire de services est une coquille vide sans activité dans le pays prétendument d'origine ;
- le travailleur est sans lien réel avec son pays prétendument d'origine ;
- la longueur de la durée de la mission dépasse manifestement celle d'un envoi « temporaire ».

En second lieu, alors que le contrôle de l'application de la réglementation implique une étroite coopération entre les administrations des deux pays concernés (Inspection du travail et Sécurité sociale), la directive n'introduit en ce domaine aucune obligation sanctionnée. L'expérience enseigne que les administrations du pays d'origine n'ont souvent pas la volonté politique d'exercer un contrôle sérieux et que, s'agissant des nouveaux Etats membres, elles n'en ont parfois pas les moyens. Dès lors, les administrations du pays de détachement manquent souvent de l'information indispensable pour intervenir.

⁵ Règlement 883/2004/CE du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

⁶ De ce fait, c'est dans le cadre d'une législation spéciale sur les travailleurs détachés que l'Allemagne a commencé à introduire, dans certains secteurs, des salaires minima par extension partielle des accords de branche.

Cette lacune est encore plus lourde de conséquences s'il s'agit de lutter contre les fraudes.

1.6. LES FRAUDES À LA DIRECTIVE

Plusieurs types d'irrégularités sont identifiés par les juristes⁷.

- Le non-respect de la réglementation du pays d'origine quant au versement des cotisations à la Sécurité sociale. Les travailleurs détachés ont difficilement accès à l'information et sont mal placés pour saisir l'administration du pays d'origine, seule compétente pour le contrôle.
- Le non-respect de la réglementation du pays de détachement quant au noyau de règles impératives. Il s'agit, par exemple, de l'imputation sur le salaire des frais de transport et d'hébergement, du non-paiement des heures supplémentaires, du dépassement des durées maximales de travail. Les pratiques de sous-traitance en cascade, l'absence de syndicats sur les lieux de travail, les difficultés d'intervention de l'Inspection du travail auprès d'une main-d'œuvre instable ainsi que les obstacles de langue rendent possibles de multiples violations dont certaines seulement sont révélées.
- Le recours à de faux travailleurs indépendants. La directive ne s'applique qu'aux salariés (à la différence du règlement sur la sécurité sociale qui couvre aussi les travailleurs indépendants). L'assouplissement et l'élargissement, dans de nombreux pays, du régime juridique du travail indépendant permettent à l'utilisateur des travailleurs détachés de s'exonérer du respect du noyau de règles impératives.

* * *

Longtemps, les syndicats ont été les seuls à dénoncer les lacunes et les abus. Ils ont ensuite été rejoints par certaines organisations patronales dans les branches qui sont victimes de la « concurrence déloyale » de producteurs étrangers (par exemple, dans les industries agroalimentaires). Enfin, les pouvoirs publics de certains des pays où les détachements sont massifs se sont inquiétés des conséquences de l'élargissement d'une zone de non-droit. La situation s'est aggravée par le fait que, dans une série d'arrêts, la CJUE a d'une part, interdit aux Etats d'introduire des contrôles ou des contraintes qui n'étaient pas explicitement prévues dans la directive, d'autre part, étroitement encadré les possibilités d'action syndicale lorsque celle-ci a pour but de faire respecter les lois et conventions collectives du pays de détachement. La Commission européenne était donc tenue de prendre une initiative.

2. LA GENÈSE DE LA « DIRECTIVE D'EXÉCUTION »

Face aux problèmes soulevés par le recours aux travailleurs détachés et face aux demandes, principalement syndicales, de révision de la directive de 1996⁸, l'option politique majeure adoptée par l'Union européenne a été de se limiter à une simple directive d'exécution de la directive de 1996. Cette dernière reste pleinement en vigueur. Il s'agit donc seulement

⁷ Voir les textes cités à la note 1.

⁸ Il faut rappeler que la directive de 1996 a été préparée dans une Communauté européenne réunissant 12 pays et qu'elle a été adoptée alors qu'elle venait de passer à quinze membres (en 1995). Le modèle social était donc relativement homogène et il était encore supposé que l'élargissement se réaliserait selon une logique de convergence vers le haut.

d'en préciser les termes et d'en améliorer les contrôles d'application pour éviter « le contournement ou l'abus » de règles qui demeurent inchangées.

2.1. UNE HISTOIRE COMPLEXE ET CONFLICTUELLE⁹

Après une longue résistance, Jose Manuel Barroso est contraint à s'engager sur ce point lors de son deuxième discours d'investiture en septembre 2009. Ce n'est cependant que le 21 mars 2012 que la Commission adopte une « proposition de directive relative à l'exécution de la directive 96/71/CE ». Cette première version est jugée très insuffisante par les partisans d'un contrôle renforcé (voir ci-après les critiques de la CES). Elle fait l'objet de propositions d'amendements émanant notamment de la Commission « emploi – affaires sociales » du Parlement européen ainsi que du Comité économique et social européen.

Une première réunion des ministres européens de l'Emploi, le 15 octobre 2013, aboutit à un échec : les pays de l'Europe continentale de l'Ouest, partisans d'un renforcement du contrôle, s'opposent au Royaume-Uni et aux pays de l'Est. Une deuxième réunion, le 9 décembre 2013, permet de trouver un compromis global (*general approach*) à la majorité qualifiée¹⁰, principalement grâce au revirement de la Pologne qui a rejoint le premier groupe¹¹.

En application de la procédure de codécision, ce texte devait faire l'objet d'un accord entre le Conseil et le Parlement. Une première réunion tenue le 19 février a constaté des désaccords persistants (*infra* point 1.2). Cependant, le 5 mars un compromis trouvé entre les représentants du Parlement, du Conseil et de la Commission a été approuvé par le Comité des représentants permanents¹². Le 16 avril, le Parlement a adopté ce texte¹³. Des députés de gauche, qui souhaitaient renforcer les obligations et les contrôles, ont présenté des amendements qui ont été repoussés au nom du compromis passé avec le Conseil. Tenant compte du fait que le rejet du texte aurait entraîné un renvoi au-delà des élections européennes, ils ont finalement préféré que soient immédiatement actés les progrès réalisés, même s'ils les jugeaient insuffisants¹⁴.

2.2. LE CONTENU DE LA DIRECTIVE D'EXÉCUTION

Les avancées relativement à la directive de 1996 portent principalement sur cinq domaines avec, dans chaque cas, des insuffisances notables¹⁵.

⁹ Pierre Souchon, « Une directive trop cruciale pour être débattue publiquement », *Le Monde diplomatique*, avril 2014.

¹⁰ Council of the European Union, *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services – General approach*, 10 December 2013.

¹¹ Sept pays ont refusé le compromis : le Royaume-Uni et six nouveaux Etats membres (Estonie, Hongrie, Lettonie, Malte, République tchèque, Slovaquie).

¹² *Directive of the European Parliament and of the Council on the enforcement of Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services*, 5 mars 2014.

¹³ *Résolution législative du Parlement européen du 16 avril 2014 sur la proposition de directive relative à l'exécution de la directive concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*. La résolution a été adoptée par 474 voix pour, 158 contre, 39 abstentions.

¹⁴ Par exemple, Pervenche Berès, présidente de la Commission « emploi et affaires sociales » du Parlement européen, considère qu'« une véritable étape a été franchie », mais qu'il ne s'agit que d'une première phase (*Libération*, 2 mars 2014).

¹⁵ Fabienne Muller, « Détachement des travailleurs : dernière ligne droite », *Metis*, 12 mai 2014.

- Pour lutter contre les entreprises « boîte aux lettres », fictivement implantées dans le pays d'origine du détachement, le texte énonce une liste non exhaustive de critères permettant de vérifier qu'une entreprise exerce réellement une activité substantielle dans son prétendu Etat d'établissement : lieu d'implantation du siège, de l'administration centrale et de domiciliation fiscale de l'entreprise, lieu de recrutement des travailleurs détachés, droit applicable aux contrats de travail, fraction de l'activité réalisée dans le pays d'établissement... L'appréciation globale se réalisera sur cette base selon la méthode du faisceau d'indices.
- Pour lutter contre les détachements fictifs, il faut vérifier d'une part, si le détachement est bien temporaire, d'autre part, si le travailleur est bien employé habituellement dans le pays d'origine. La directive utilise la même méthode du faisceau d'indices à partir d'une liste indicative de critères, par exemple, le retour effectif dans le pays d'origine au terme de détachement, la prise en charge des coûts de transport et de logement par l'entreprise prestataire de services, l'absence d'occupation répétée du même poste de travail par une succession de travailleurs détachés...
- S'agissant des obligations de coopération administrative entre les Etats membres, point faible constamment dénoncé, le texte réaffirme l'obligation d'« assistance mutuelle » entre Etats membres. Il impose, par exemple, à chaque Etat des délais maxima pour répondre aux demandes d'information émanant d'un autre Etat, mais seulement pour des demandes « raisonnables » (*reasoned requests*) sans autre précision.
- Compte tenu des décisions restrictives qu'a prises la CJUE sur les mesures de contrôle que peuvent imposer les Etats de détachement, la directive établit une liste de mesures nationales de contrôle qui sont compatibles avec la législation européenne. Il s'agit de l'un des deux points d'affrontement majeur dans la détermination du compromis du 9 décembre 2013. Le projet initial de la Commission énonçait une liste limitative des mesures de contrôle autorisées. La majorité qualifiée s'est accordée sur une liste élargie et seulement illustrative des contrôles possibles. Chaque Etat peut la compléter à condition de démontrer que de nouvelles mesures sont « justifiées et proportionnées » et d'en informer la Commission qui vérifiera leur compatibilité avec la législation communautaire¹⁶.
- Le contrôle de la sous-traitance a été le second point majeur de conflit. Les chaînes de sous-traitance offrent de larges possibilités de violation des obligations en matière de versement des salaires et des cotisations sociales. Le Parlement européen a demandé à la Commission d'élaborer une législation assurant une responsabilité conjointe et solidaire des membres d'une chaîne de sous-traitance. Alléguant de la disparité des législations nationales et des restrictions imposées par la CJUE, la Commission avait avancé une proposition d'ampleur limitée. Optionnelle à ses yeux pour chacun des Etats membres, cette proposition est devenue obligatoire dans le compromis du 9 décembre : une responsabilité solidaire est créée en cas de non paiement du salaire net minimum ou en cas de cotisations sociales indûment retenues. Elle ne s'applique toutefois qu'entre le donneur d'ordre et le sous-traitant de premier rang et seulement dans le secteur du bâtiment, principal utilisateur de la sous-traitance¹⁷. Les Etats peuvent étendre ces règles à d'autres secteurs ; ils peuvent les durcir à condition qu'il s'agisse de mesures « non discriminatoires et

¹⁶ C'était un premier point de désaccord majeur avec le Parlement européen. Celui-ci réclamait une liste exhaustive de mesures de contrôle obligatoires qui serait complétée par une liste non exhaustive de mesures facultatives.

¹⁷ On trouve là le second point de divergence majeur avec le Parlement européen. Celui-ci voulait étendre la responsabilité solidaire à tout sous-traitant pour tous les droits qui sont dus aux salariés postés.

proportionnées » ; ils doivent alors en informer la Commission. À l'inverse, les donneurs d'ordre qui ont satisfait aux « obligations de diligence » définies par leur législation nationale peuvent être exonérés du mécanisme de solidarité¹⁸.

2.3. LES POSITIONS SYNDICALES

Les syndicats avaient adopté des positions très critiques face aux insuffisances du premier projet de la Commission européenne. Après le compromis du 9 décembre 2013, leurs réactions sont analogues sur le fond : ils saluent les avancées et soulignent les limites qui subsistent. Mais la pondération entre les deux composantes de ce jugement est variable : la tonalité du jugement est plus critique pour la CES ; elle est plus globalement positive pour les confédérations françaises qui se sont exprimées.

2.3.1. La Confédération européenne des syndicats

La CES avait réagi négativement au premier projet de directive de mars 2012¹⁹. Elle rappelait alors sa demande qui portait sur une révision de la directive et non la simple adjonction d'une directive d'exécution. Elle considérait que le projet serait largement inefficace pour empêcher les contournements ou fraudes constatés (*supra* points 1.5 et 1.6).

Le compromis du 9 décembre suscite l'appréciation suivante : « Malgré les efforts consentis par certains gouvernements pour prendre en compte nos exigences et progresser vers une Europe plus sociale, ce compromis ne répond pas à nos attentes : nos revendications restent sur la table. Des progrès ont été réalisés. Mais le compromis reste ambigu ». La CES met particulièrement l'accent sur deux exigences non satisfaites :

- chaque Etat membre doit être libre de mettre en place toutes les mesures de contrôle qu'il juge nécessaires, alors que le texte inclut encore diverses limitations et divers contrôles communautaires ;
- en matière de sous-traitance, il est indispensable que la solidarité s'étende à toute la chaîne de sous-traitance et à tous les secteurs d'activité.

Par la suite, la CES exprime sa déception face au contenu de l'accord provisoire entre Parlement et Conseil, puis après le rejet, lors du débat au Parlement, de tous les amendements visant à renforcer les instruments de contrôle. Au lendemain du vote, Bernadette Ségol, secrétaire générale, déclare : « Au mieux, le Parlement européen a échoué à renforcer l'application de ce qui sont des droits minimum et bien faibles pour ceux et pour celles qui travaillent temporairement dans d'autres Etats membres. Au pire, il a compromis la capacité des Etats membres qui essaient vraiment d'appliquer cette directive de le faire à l'avenir ».

¹⁸ Le texte de la directive est fort vague sur ce point : « les États membres peuvent prévoir qu'un contractant qui a assumé des obligations de diligence telles que définies par le droit national n'est pas responsable » (article 12, alinéa 5). L'exposé des motifs est un peu plus explicite, mais laisse une large place aux futures interprétations des tribunaux : « Ces mesures devraient être fixées dans le droit national, compte tenu des circonstances particulières de l'État membre concerné, et elles peuvent comprendre notamment des mesures prises par le contractant concernant la documentation relative au respect des exigences administratives ainsi que des mesures visant à assurer un contrôle effectif du respect de la réglementation applicable en matière de détachement de travailleurs » (Considérant n° 37).

¹⁹ CES, *Position de la CES sur la directive relative à l'exécution de la directive concernant le détachement des travailleurs*, Comité exécutif, 5-6 juin 2012.

2.3.2. Les confédérations françaises

Il n'y a pas de différence sur le fond, mais un diagnostic formulé en des termes plus positifs pour les organisations françaises qui se sont exprimées. Ces prises de position se sont manifestées à l'occasion du compromis du 9 décembre 2013. Comme les rédactions ultérieures du projet de directive n'y ont pas apporté de changements notables, les confédérations n'ont à ce jour exprimé à nouveau leur appréciation.

- CGT. Titre du communiqué (10 décembre 2013) : « *Enfin, un pas en avant* ». La CGT précise : « Un compromis a pu être trouvé le 9 décembre (...), c'est une bonne nouvelle » ; « Tout n'a donc pas, et loin s'en faut, été gagné hier ». La CGT met notamment l'accent sur la nécessité d'un renforcement des droits d'intervention des syndicats et des représentants du personnel.
- CFDT. Titre du communiqué (10 décembre 2013) : « *Des avancées à concrétiser* ». La CFDT enregistre deux avancées importantes sur les moyens de contrôle nationaux et la responsabilisation des donneurs d'ordre dans le bâtiment. Elle souligne principalement les lacunes quant à la solidarité dans la sous-traitance.
- CFTC. Titre du communiqué (10 décembre 2013) : « *Un bon premier pas* ». L'appréciation est peu différente de celle de la CFDT.
- UNSA. « Une avancée limitée. Il appartient désormais au Parlement européen de s'emparer de cet accord et de l'améliorer » (janvier 2014).

Il est quelque peu surprenant que l'expression des syndicats français ait été jusqu'à ce jour aussi brève et succincte.

2.4. LA TRANSPOSITION DE LA DIRECTIVE : LA SITUATION PARTICULIÈRE DE LA FRANCE

La directive devra faire l'objet d'une transposition par chacun des Etats membres d'ici 2016. Dans ce domaine, la France s'est placée dans une situation particulière puisque, dès le Conseil des ministres du 11 décembre 2013 au lendemain de l'adoption du compromis, Michel Sapin a annoncé le dépôt d'un texte législatif sans attendre le texte communautaire définitif. Il s'agissait en quelque sorte d'une transposition par anticipation. La modalité retenue a été le dépôt par des députés socialistes d'une proposition de loi que l'Assemblée nationale a approuvé en première lecture le 25 février 2014. La priorité est donnée à la lutte contre la concurrence déloyale. Relativement au projet de directive, plusieurs avancées sont proposées.

- Le texte concerne spécialement la sous-traitance, quel que soit le secteur d'activité. Le maître d'ouvrage a une obligation de vigilance et une responsabilité quant au respect de la législation du travail par le sous-traitant, y compris une responsabilité financière en cas de non-paiement du salaire minimum légal ou conventionnel.
- Les entreprises condamnées pour travail illégal pourront figurer sur une « liste noire » rendue publique. Les syndicats peuvent agir en justice contre un employeur en infraction sans qu'il soit nécessaire d'avoir le mandat du salarié concerné (à condition que ce dernier ne s'y oppose pas).

Le Sénat a approuvé, le 6 mai 2014, le texte de l'Assemblée nationale moyennant quelques amendements qui visent à préciser les moyens de contrôle et les sanctions.

Définitivement votée la loi introduira des obligations, des contrôles et des sanctions qui seraient particulièrement dissuasifs s'ils pouvaient être effectivement mis en œuvre. Il restera à attendre les réactions de la Commission européenne et les résultats d'éventuels recours devant la CJUE. Rappelons (*supra* points 1.4 et 2.2) que toutes les mesures additionnelles prises par les États membres doivent être « justifiées et proportionnées », que la Commission « évalue leur conformité avec le droit de l'Union » et qu'enfin la CJUE s'est jusqu'alors montrée particulièrement restrictive à l'égard des mesures nationales de contrôle dès lors qu'elles étaient plus sévères que celles prévues par la directive et dès lors qu'elles portaient atteinte, à ses yeux, au principe de la libre prestation de services.

3. EN CONCLUSION, QUELQUES AVANCÉES ET DES PROBLÈMES MAJEURS NON RÉSOLUS

De longue date, les syndicats se sont mobilisés contre un *dumping social* qui repose sur des conditions scandaleuses d'exploitation des travailleurs détachés et de mise en concurrence avec les salariés locaux. Ils ont été appuyés, plus ou moins vigoureusement, par certains États qui étaient inquiets devant le développement d'une zone de non-droit. Enfin, quelques fractions du patronat se sont élevées face à la menace que présentait pour elles une « concurrence déloyale ». La directive d'application traduit de façon partielle et incertaine la prise de conscience du problème à l'échelle européenne. Sur quelques enjeux essentiels, les « pas en avant » sont réels, mais ne permettent pas d'avancer beaucoup.

- Une définition du détachement légitime est esquissée, mais son appréciation par la combinaison de faisceaux d'indices laisse une large place à la diversité des réglementations et des jurisprudences nationales.
- Les outils et procédures de lutte contre la fraude sont formellement renforcés. Il reste que l'efficacité des contrôles dans le pays de détachement, qui est la question essentielle, demeure dépendante de la capacité et de la volonté de coopération des administrations des pays d'origine.
- La boîte noire de la sous-traitance est à peine entrouverte : seulement pour le BTP et pour les relations entre donneur d'ordre et sous-traitant de premier rang. Au-delà, tout dépendra des choix des États-membres.
- Le principe général de limitation de l'intervention des autorités publiques à des mesures « justifiées et proportionnées » se combine avec la vigilance de la CJUE pour défendre la libre prestation des services. Ils créent une forte incertitude sur la marge laissée aux États membres pour renforcer les protections des travailleurs détachés à l'occasion de la transposition de la nouvelle directive.