

La directive européenne du 16 décembre 1996 sur les travailleurs détachés : un dispositif à revoir

12/10/2017



Marie Courpied Baratelli, avocat associé au sein du cabinet Lombard Baratelli & associés, analyse les enjeux de la révision de la directive 96/71/CE sur les travailleurs détachés.

"Une trahison de l'esprit européen" : c'est en ces termes que le Président de la République, Emmanuel Macron, critiquait en août dernier

l'application actuelle de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, qu'il accusait de favoriser le "dumping social".

Revenons sur les dérives de cette directive aujourd'hui si décriée au sommet de l'état français et sur l'arsenal juridique institué par les gouvernements successifs pour lutter contre la fraude. Dans ce contexte, une révision de la directive 96/71/CE semble indispensable malgré l'hostilité affichée des pays de l'Est.

Les dérives de la directive du 16 décembre 1996

Le nombre de travailleurs détachés au sein de l'Union Européenne a augmenté de plus de 45% entre 2010 et 2014, passant de 1.3 million de personnes concernées à 1.9 million.

En France, l'année 2015 enregistrait une forte progression du nombre de déclarations de détachement adressées par les entreprises, avec 81.420 déclarations enregistrées (+11%), et du nombre de travailleurs détachés pour la réalisation de prestation de services, avec 285 025 salariés déclarés (+ 25%) !

La Pologne reste le principal pays pourvoyeur de salariés détachés en France (48 816 salariés), suivi par le Portugal (44 456 salariés), l'Espagne (35 231 salariés) et la Roumanie (30 594 salariés) [1]. La France (200 000 salariés) est avec la Belgique (160 000 salariés) et l'Allemagne (400 000 salariés) l'un des trois premiers pays d'accueil.

Les secteurs concernés sont ceux en tension, où la main d'œuvre française fait défaut, comme dans le bâtiment, les transports, l'hôtellerie et la restauration.

Que prévoit la directive du 16 décembre 1996

La directive relative au détachement des travailleurs a pour objectif de permettre le développement du marché intérieur de l'Union Européenne induisant d'une part, la libre prestation de services, et d'autre part, la libre circulation de la main d'œuvre.

L'article 2 de la directive définit le travailleur détaché comme "tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un Etat membre autre que sur le territoire sur lequel il travaille habituellement".

Le texte prévoit trois cas de figure de travail transnational :

- un employé envoyé dans un autre pays dans le cadre d'un contrat conclu entre l'entreprise d'envoi et le destinataire de la prestation de services opérant dans cet Etat membre ;
- un salarié détaché dans un autre pays dans un établissement ou dans un entreprise appartenant au groupe ;
- un travailleur intérimaire détaché à une entreprise utilisatrice établie ou exerçant son activité sur le territoire d'un Etat membre.

En tout état de cause, il est indiqué qu'une "relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement doit subsister".

Pour éviter le dumping social, le législateur de la Communauté européenne a prévu que les conditions de travail des salariés détachés doivent respecter la législation du pays dans lequel ils sont détachés, et notamment le "noyau dur" des droits attachés aux travailleurs, tels que les libertés individuelles et collectives dans la relation de travail, la durée du travail, les jours fériés, les congés, le salaire minimum, les règles relatives à la sécurité, la santé, l'hygiène au travail et la surveillance médicale l'âge d'admission au travail, l'emploi des enfants, la durée du travail et le travail de nuit des jeunes travailleurs...

Néanmoins, et c'est en partie là que le bât blesse, si l'entreprise qui détache un salarié en France rémunère son salarié sur la base du Smic français, celle-ci continue de payer les cotisations dans le pays d'origine. Autrement dit, l'entreprise roumaine qui détache des salariés en France doit les payer à hauteur du salaire minimum français mais s'acquitte des cotisations sociales roumaines à hauteur de 13% (contre 45% en France).

La concurrence pour les entreprises françaises s'avère donc particulièrement difficile.

Les dérives affichées

Le développement de ces pratiques fait que la directive est régulièrement taxée de favoriser le dumping social, alors qu'elle est censée donner un cadre en le limitant. En effet, la directive de 1996 date d'une époque où l'Union Européenne était constituée de seulement 15 pays et où l'écart du salaire minimal allait de 1 à 3. Or, entre 2004 et 2007, l'Union Européenne s'est élargie à l'Est et rien n'a été fait pour encadrer le détachement des travailleurs.

Le nombre de travailleurs détachés en situation illégale en France est estimé à plus de 290 000 en 2016, d'après les chiffres de la Commission Nationale de Lutte contre le Travail Illégal.

Le système de travailleurs détachés alimente toute une série de fraude : la non déclaration des salariés, le contournement des règles en vigueur (salaire minimum, durée du travail ...), montages pour contourner l'esprit de la loi par la création de sociétés "boîte aux lettres", qui n'exercent aucune activité réelle dans le pays d'origine mais détachent des salariés à l'étranger.

Pour lutter contre ces dérives, les gouvernements successifs ont élaboré un véritable arsenal juridique extrêmement rigoureux nécessitant une attention de tous les jours pour les employeurs, et directeur des ressources humaines amenés à gérer ces situations.

L'arsenal juridique de lutte contre les fraudes

Les obligations pesant sur les entreprises procédant à des détachements de salariés en France ou ayant recours au service de salariés étrangers détachés en France ont été considérablement renforcés notamment par un décret du 30 mars 2015 dit "de lutte contre les fraudes au détachement de travailleurs" venant compléter une loi du 10 juillet 2014 sur la concurrence sociale déloyale.

Les indispensables : déclaration de détachement, désignation d'un représentant en France et délivrance de la carte d'identification professionnelle

Pour les employeurs établis en Union Européenne mais dont les salariés sont ressortissants d'un Etat hors Union Européenne ces derniers peuvent être détachés sans avoir à justifier d'une autorisation de travail.

Les employeurs établis hors Union Européenne doivent, quant à eux, obtenir une autorisation de travail pour la période d'activité en France.

En tout état de cause, l'employeur établi à l'étranger a l'obligation de transmettre une déclaration de détachement à l'unité territoriale de la DIRECCTE du lieu où doit être effectué la prestation précisant l'identité des salariés qui sont détachés en France.

Par ailleurs, l'employeur implanté à l'étranger doit impérativement désigner un représentant en France par écrit, en français, indiquant les nom, prénom, date, et lieu de naissance, adresse électronique et postale en France, l'acceptation par l'intéressé de sa désignation, la durée de celle-ci (qui ne peut excéder la durée du détachement), et le lieu de conservation des documents.

Le donneur d'ordre et le maître de l'ouvrage ne sont pas exemptés d'obligations puisque le décret du 30 mars 2015 leur impose de demander au sous-traitant avant le détachement une copie de la déclaration de détachement et une copie du document désignant le représentant de l'entreprise afin qu'ils s'assurent que le sous-traitant respecte bien ses obligations.

En outre, les déclarations de détachement de tous les salariés détachés doivent être annexées au registre du personnel.

La loi Macron prévoit depuis juin 2016 (*entrée en vigueur en mars 2017*) que les salariés du bâtiment et des travaux publics, doivent obligatoirement être en possession d'une carte d'identification personnelle comportant un certain nombre de mentions.

Les nouvelles obligations applicables

Par ailleurs, le législateur prévoit désormais que les travailleurs détachés sur les chantiers de BTP doivent recevoir avec leur carte d'identification professionnelle un document d'information présentant la réglementation française qui leur est applicable, et les modalités selon lesquelles ils peuvent faire valoir leurs droits traduits dans l'une des langues parlées dans chacun des Etats d'appartenance des salariés détachés sur le chantier (*article L. 1262-4-5 du code du travail*).

Par ailleurs, en cas d'accident du travail, les salariés détachés doivent dorénavant faire l'objet d'une déclaration auprès de l'Inspection du travail du lieu où s'est produit l'accident dans un délai de 48 heures [2].

Une obligation de vigilance à l'égard de leur co-contractant en matière de déclaration et de paiement à l'Urssaf pèse également sur les donneurs d'ordre.

L'obligation de demander une attestation de vigilance délivrée par l'URSSAF est désormais obligatoire pour tout contrat de 5.000,00 euros.

Enfin, allant encore plus loin dans la volonté de protéger les salariés détachés, il a été prévu que les donneurs d'ordre et maîtres d'ouvrage sont débiteurs d'une obligation de vigilance en matière de compatibilité :

- avec la dignité humaine : en cas d'atteinte (par ex : hébergement indigne), ils doivent être informés dans les 24 heures par un agent de contrôle de la réception de l'injonction des mesures prises par l'entreprise pour faire cesser le trouble. A défaut de régularisation, l'autorité de contrôle peut ordonner la suspension de la prestation de services. Le donneur d'ordre peut alors être tenu de prendre toutes mesures destinées à protéger la santé et la sécurité des salariés présents ;
- avec le salaire minimum : si le donneur d'ordre est informé par un agent de contrôle du non-respect du salaire minimum, il lui appartient d'enjoindre au prestataire de faire cesser la situation. L'employeur étranger dispose alors d'un délai de 7 jours pour régulariser la situation et informer le donneur d'ordre. En l'absence de régularisation, et en l'absence de dénonciation du contrat, le donneur d'ordre peut être solidairement tenu au paiement des rémunérations dues.

Une intensification des opérations de contrôles

Dans les secteurs identifiés comme prioritaires, les contrôles conjoints des services DGT, ACOSS, CCMSA et Douanes doivent au terme du plan national représenter 50% des opérations conduites dans les secteurs de l'agriculture, des transports, du BTP, des services aux entreprises, des hôtels, cafés et restaurants et, enfin, du spectacle.

Sur l'ensemble des secteurs professionnels, l'objectif de 25% de contrôles conjoints (contrôle commun à au moins deux services de contrôle) est maintenu. Une attention particulière est portée sur la nécessité de réaliser une part significative des opérations conjointes en horaires atypiques (weekend, soirée...).

Un meilleur ciblage des contrôles, grâce aux outils à disposition de chacun des partenaires, doit permettre un travail d'investigation concomitant entre Inspection du travail, Urssaf et MSA, police nationale et gendarmerie nationale, et les services fiscaux en particulier en matière de fraude complexe ou au détachement.

Certaines régions connaissent une intensification massive du nombre de contrôle opéré comme l'Auvergne-Rhône-Alpes.

En cas de contrôle, le contrôleur exigera la production d'un certain nombre de documents, mais il s'assurera également de l'exercice d'une activité réelle et substantielle de l'employeur dans l'Etat étranger en demandant :

- tout document attestant de la régularité de sa situation sociale lorsque l'employeur est établi en dehors de l'Union Européenne ;
- le contrat de travail où tout autre document attestant du lieu de recrutement du salarié et du droit applicable à la relation contractuelle ;
- tout document attestant du nombre de contrats exécutés, du chiffre d'affaires de l'entreprise dans le pays d'établissement et en France.

Lorsqu'une entreprise ne respecte pas la législation sur le détachement de travailleurs étrangers, des sanctions particulièrement lourdes peuvent être prononcées.

Les sanctions

En complément de celles évoquées précédemment, le législateur a prévu de nombreuses sanctions spécifiques :

- la solidarité financière en cas de condamnation pour travail dissimulé, cette solidarité pouvant jouer à l'égard de tous les co-contractants ;

- l'inscription sur Internet sur une « liste noire » pour une durée maximale de 2 ans des personnes physiques ou sociétés condamnées pour certaines infractions de travail dissimulé ;
- l'interdiction de percevoir des aides publiques pendant une durée maximale de 5 ans (pour l'embauche d'apprentis, annulation des exonérations et des réductions de cotisations sociales, annulation rétroactive des réductions de cotisations sociales (par exemple : réduction Fillon) ;
- la réintégration des salaires des salariés détachés dans l'assiette des cotisations sociales du donneur d'ordre impliquant un redressement assorti de pénalités financière recouvrées par les Urssaf ;
- la fermeture provisoire d'un établissement ou l'exclusion temporaire des marchés publics peuvent également être prononcées eu égard à la répétition ou la gravité des faits constatés et la proportion de salariés concernés.

Depuis le 1er avril 2017, l'absence de production lors d'un contrôle du formulaire A1 attestant de l'affiliation d'un travailleur étranger à un régime étranger (lorsque ce dernier n'est pas affilié au régime de sécurité sociale français), est sanctionné par une amende égale au montant du plafond mensuel de la sécurité sociale soit 3 269 euros par salarié (cette infraction étant doublée en cas de récidive dans les 2 ans qui suivent).

Cette sanction incombe au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage et ne sera pas applicable si un justificatif attestant du dépôt de la demande du formulaire de détachement suivie de la production dans le délai de 2 mois suivant le contrôle du formulaire est délivré à la suite de cette demande.

Enfin, lorsque les agents de contrôle sont amenés à constater une situation de travail illégal, le préfet du département peut ordonner l'arrêt de l'activité de l'entreprise concernée par l'infraction.

Les sanctions financières telles que l'annulation des exonérations ou la réintégration des rémunérations dans l'assiette des cotisations sociales du donneur d'ordre peuvent s'avérer particulièrement lourdes de conséquences pour les sociétés les moins informées comme les TPE / PME.

Quelles réformes ?

La Commission européenne est consciente qu'une réforme de la directive du 16 décembre 1996 est devenue indispensable. C'est dans ses conditions qu'elle a notamment proposé de limiter les missions à l'étranger à 24 mois contre 36 actuellement.

Par ailleurs, le salarié ne devra plus seulement être payé au salaire minimal mais devra bénéficier de la même rémunération que son équivalent local, ce qui inclut l'ancienneté ou les primes.

Le 9 juin 2017, une majorité qualifiée d'Etats membres favorables semblait enfin acquise malgré les résistances des pays de l'Est, notamment de la Pologne, de la Hongrie, de la Slovaquie et de la République Tchèque, qui estiment que l'exportation de leurs travailleurs est une juste contrepartie à l'omniprésence des entreprises européennes sur leurs territoires.

En juin 2017, le gouvernement français proposait dans un document destiné à amender le projet de révision du statut, que le détachement soit limité à 12 mois sur une période de 24 mois et entendait renforcer encore davantage la lutte contre la fraude.

Le document a été co-signé par l'Allemagne, les Pays-Bas, l'Autriche, le Luxembourg prouvant ainsi que la récente tournée du Président français a été fructueuse.

L'avenir nous dira si la France atteindra la majorité au Conseil des ministres des affaires sociales du 23 octobre 2017.

[1] *Commission Nationale de Lutte contre le Travail Illégal du 30 mai 2016*

[2] *Article R.1262-2 du Code du travail - Décret n°2017-825 du 5 mai 2017 - article 2*

Marie Courpied Baratelli



Écrit par

Marie Courpied Baratelli

Autres articles de l'édition

- Emmanuel Macron ouvre les chantiers apprentissage, formation et assurance chômage
- DSN : le tableau récapitulatif au titre de l'année 2017 est supprimé
- L'employeur peut porter plainte contre un médecin
- Les ordonnances unifient les "accords emploi"