



**PROPOSITIONS DU GROUPE DE TRAVAIL DES CAISSES DE SECURITE
SOCIALE SUR LES POSITIONS A TENIR PAR LA REIF DANS LE CADRE
COMMUNAUTAIRE SUR LE DETACHEMENT DES TRAVAILLEURS**

Nous constatons que le détachement, loin de son ambition initiale de faciliter la continuité de la protection sociale d'un individu, même lorsqu'il passe les frontières pour son activité professionnelle (ambition qu'il ne faut naturellement pas abandonner), est devenu trop souvent le moyen de contourner les normes sociales édictées par les pays d'accueil et donc un facteur d'un « moins-disant » social européen.

Si ce constat est de plus en plus partagé, le détachement est souvent abordé sous l'angle droit du travail alors qu'il comporte une dimension protection sociale (prélèvement social et droits) très importante qui est développée ci-après.

I - Les règles régissant le détachement au plan européen et le constat dans leur mise en œuvre

1/ Des règles non harmonisées prévues pour l'exception, mais qui tendent à devenir une norme d'optimisation sociale

Les définitions et les règles afférant au détachement sont prévues dans le règlement 883/2004 de coordination des systèmes de sécurité sociale et dans la directive 96/71 visant à encadrer juridiquement les conditions de détachement des travailleurs. Mais il faut souligner que cette dernière traite essentiellement de règles relevant du droit du travail et non de la protection sociale. Sur ce point, il est important de remarquer que cette directive organise **la combinaison du droit du pays de destination pour le « noyau dur » et de la loi applicable au contrat qui est généralement celle du pays d'origine**, alors que concernant **la protection sociale, le règlement 883/2004 de coordination prévoit toujours et uniquement l'application du régime du pays d'envoi**. Cette différence notable dans la législation applicable en protection sociale s'avère lourde de conséquences en termes de dumping social.

Par ailleurs, l'insuffisante harmonisation entre ces deux instruments juridiques complexifie un peu plus le contrôle de leur mise en œuvre et constitue même un moyen de contournement du respect des obligations prévues dans les deux champs.

Les règles du détachement des travailleurs dans l'UE permettent à un prestataire de services, un groupe ou une entreprise de travail temporaire établi dans un Etat membre, d'employer des travailleurs dans un autre Etat membre en s'exonérant d'une partie du droit du travail mais aussi des

régimes d'assurance sociale de ce dernier (Art 12 du règlement 883/2004 de coordination des systèmes de sécurité sociale).

Or depuis une dizaine d'années, le nombre de travailleurs détachés en Europe connaît une augmentation sensible, cessant d'être marginale dans certains secteurs et remettant ainsi en cause le caractère subsidiaire d'une législation qui, à l'origine, relevait d'une exception à la règle du droit international suivant laquelle le contrat de travail doit se conformer au respect des législations sociales et du travail du pays d'accueil. Selon les estimations disponibles les travailleurs détachés dans l'UE sont à 60 % des travailleurs de l'Europe des 15 (avant les élargissements de 2004 et 2007). Les secteurs d'activités principalement concernés sont la construction (43,5% des détachements en Europe, puis l'industrie (27,2%), les services (26,8%) et l'agriculture (2,5%).

2/ Une jurisprudence européenne qui limite les possibilités de lutte contre les pratiques de contournement des textes dans leur application

La CJUE a reconnu que les Règlements de coordination n'imposent aucun délai pour la délivrance du formulaire A1. Ainsi, même s'il est délivré au cours du détachement, voire bien après l'expiration de celui-ci, il produit des effets rétroactifs et les États membres ne peuvent exiger de le recevoir préalablement au détachement. Or, une telle interprétation risque de rendre plus difficile la détermination de la date du détachement. En outre, dans sa jurisprudence, la Cour a reconnu l'opposabilité de ce formulaire A1 aux institutions, autorités et juridictions des États du lieu de travail, faisant obstacle à la rectification de la législation applicable.

3/ Le constat : des contournements des règles européennes et une insuffisante clarté et harmonisation de celles-ci, d'où une très grande fragilité de la protection sociale des travailleurs concernés, des risques financiers et un dumping social fortement préjudiciable à l'emploi des travailleurs du pays d'accueil.

3.1 Un manque de clarté et d'harmonisation des règles pour la mise en œuvre du détachement, auxquelles se substituent par ailleurs de nouvelles pratiques en passe de le remplacer dans le contournement du droit social national

Il existe des pratiques de détachement non conformes aux réglementations qui sont censées encadrer juridiquement cette situation.

L'irrégularité tient tout d'abord à la qualification abusive de détachement, alors que la situation ne répond pas aux conditions fixées par les textes. C'est le cas lorsqu'il n'existe pas de lien réel entre le travailleur détaché et « son pays d'envoi », ou que l'entreprise qui fournit la prestation de services est une « coquille vide » sans activité réelle dans le pays d'origine, créée uniquement pour bénéficier de la législation sur le détachement. C'est également le cas lorsque le soi-disant détachement présente en réalité un caractère permanent, soit que le travailleur détaché reste pour une longue durée, soit que plusieurs travailleurs détachés se succèdent sur le même poste, ce qui est interdit par l'article 12.1 du règlement 883/2004/CE.

L'irrégularité tient aussi au non-respect de la réglementation du pays d'envoi. L'article 12 du règlement 883/2004/CE repose sur le principe selon lequel le travailleur détaché continue à cotiser dans son pays d'origine. Toutefois, la distance introduite par le détachement entre l'administration de sécurité sociale et le lieu de travail rend difficile le contrôle du paiement complet effectif des cotisations.

La difficulté à distinguer un détachement « régulier » d'un détachement irrégulier est accrue par la relative imprécision ou manque d'harmonisation des législations européennes existantes. C'est le cas notamment du critère de « caractère substantiel de l'activité » de l'employeur dans le pays d'envoi où le règlement et la directive ne posent pas dans les mêmes termes les conditions d'affiliation et de détachement du salarié lié à l'employeur. Pour l'affiliation au régime de sécurité sociale du pays d'origine, les conditions d'appréciation de l'exigence d'activité substantielle dans l'État où est établie l'entreprise d'envoi et la durée d'affiliation minimale du travailleur détaché à la législation de l'État d'envoi sont précisées dans des documents d'interprétation. Or, la directive ne pose aucune condition d'ancienneté du contrat avant le détachement.

Au-delà du détachement, d'autres dispositions juridiques sont utilisées pour permettre aux employeurs de s'exonérer des contributions sociales du pays où l'activité s'exerce et sont en passe de détrôner l'utilisation de la législation relative au détachement et sont d'une approche encore plus complexe,

Il s'agit notamment des dispositions concernant :

La pluriactivité : l'article 13 du règlement 883/2004 traite de la situation des travailleurs pluriactifs, c'est-à-dire travaillant régulièrement dans au moins deux Etats membres. La règle de base posée est que le pluriactif peut rester affilié au système de sécurité sociale de son lieu de résidence sous réserve qu'il y exerce une « partie substantielle de son activité ». Mais à défaut, c'est la législation de l'État dans lequel l'employeur a son siège qui s'applique. Or, les conditions d'application de ces dispositions sont beaucoup moins contraignantes et dès lors recherchées par les entreprises désireuses de choisir la législation de sécurité sociale la plus avantageuse, en prétendant que le salarié peut potentiellement être détaché dans plus d'un Etat membre.

Les travailleurs mobiles : Le droit du transport autorise les transporteurs à utiliser leurs véhicules pour effectuer des transports internationaux, des opérations de cabotage (faculté pour un transporteur européen non résident sur un territoire de pouvoir réaliser du transport routier intérieur dans un autre Etat sans y être établi), de transports transfrontaliers et de transports combinés. L'extrême mobilité de cette activité dans l'espace européen rend l'identification des règles sociales qui doivent s'appliquer aux conducteurs extrêmement complexes, situation aggravée par le développement de la sous-traitance.

Aujourd'hui l'activité de cabotage, reconnue comme un prolongement du transport international, est règlementée par le règlement 1072/2009/CE qui a limité l'activité de cabotage à sept jours après le déchargement du transport international et à trois opérations de transport. Ce Règlement prévoit également que la directive sur le détachement des travailleurs s'applique au cabotage, mais il est aussi admis que la règle des sept jours fait entrer le cabotage dans le champ de l'exception prévue à l'article 3 de cette même directive. Le cabotage est donc, de principe, compris dans le champ du détachement, sauf s'il est de courte durée. Ces complexités d'articulation juridique expliquent la position de la Fédération Nationale des Transporteurs Routiers qui ne souhaite pas une application des dispositions du détachement à leur secteur (situation trop floue et préjudiciable à la saine concurrence) mais opte plutôt vers une application du critère d'activité substantielle, en s'appuyant notamment sur la traçabilité des parcours effectués, qui permet de déterminer l'Etat où l'activité est la plus importante pour le travailleur.

Concernant la législation de sécurité sociale du personnel navigant aérien, l'instauration d'un critère d'affiliation dans l'État de la « base d'affectation » n'a pas permis de lutter contre le dumping social puisqu'elle a suscité des stratégies de modification régulière de la base d'affectation des pilotes par certaines compagnies aériennes « low cost » pour profiter des règles de la pluriactivité.

3.2 Un contrôle de la non application du droit social national qui s'avère complexe et pour lequel nous ne disposons pas des instruments nécessaires

L'ensemble des irrégularités constatées peuvent porter le différentiel de coût de travail à un niveau bien supérieur à celui qu'il serait pour un détachement régulier. Une chose est de payer des cotisations sociales inférieures à celles du pays de destination, une autre est de ne pas payer de cotisations sociales du tout. Les irrégularités sont d'autant plus fréquentes que le contrôle des situations de détachement n'est pas aisé pour différentes raisons : brièveté de la mission du salarié détaché (44 jours en moyenne en France), barrière de la langue, difficulté des échanges entre administrations des différents pays, besoin de rapprocher les informations détenues au sein d'un même Etat par des administrations chargées du travail et de la sécurité sociale....etc.

Il faut souligner aussi qu'en matière de sécurité sociale, l'État d'accueil qui soupçonne une irrégularité ne peut remettre en cause unilatéralement la situation de détachement, seul l'Etat d'envoi pouvant retirer le formulaire A1, selon l'article 5.1 du Règlement 987/2009/CE fixant les modalités d'application du Règlement 883/2004/CE.

L'efficacité du contrôle repose donc uniquement sur la qualité de la coopération entre États, qui a fait l'objet de plusieurs initiatives destinées à la renforcer. Mais en l'absence de bonne volonté de l'institution émettrice de revoir la législation applicable, il n'existe aucune voie permettant à une institution ou une autorité d'un autre Etat membre de l'y contraindre.

II - Les positions du Gouvernement français et les initiatives prises dans le cadre des discussions et travaux en cours dans le cadre européen

A l'approche de la présentation du « paquet mobilité », la position défendue par les autorités françaises ne vise pas à nuire au « bon détachement » favorisant la libre circulation au sein de l'Union. Il s'agit de mieux encadrer le détachement et travailler sur des solutions pour répondre aux dérives frauduleuses, c'est-à-dire le détachement perçu non comme la poursuite de l'activité économique habituelle mais mise en place dans la seule finalité de pouvoir exercer une activité économique dans un État en s'exonérant des règles sociales en vigueur dans celui-ci. Cela passera par un approfondissement des critères et l'instauration d'une coopération plus efficiente avec les organismes étrangers de sécurité sociale du pays d'envoi. Les initiatives françaises auprès l'UE sur le détachement et la législation applicable portent à la fois sur le droit du travail et le droit de la sécurité sociale.

Au niveau européen, des propositions ont été élaborées par la France dans le cadre de la modification des règlements de coordination :

- lever l'opposabilité du formulaire en limitant sa force obligatoire lorsque les conditions du détachement ne sont manifestement pas remplies ;
- réviser la procédure de remise en cause des formulaires en rééquilibrant les pouvoirs respectifs des institutions concernées et ainsi garantir une coopération loyale effective ;

- modifier le règlement d'application afin d'imposer la demande et la délivrance du formulaire avant la mission ;
- renforcer le lien préalable entre le salarié détaché et la législation de sécurité sociale à laquelle il est maintenu en étendant la durée d'affiliation préalable requise et en exigeant que le salarié ait une relation de travail avec son employeur depuis au moins trois mois avant de pouvoir être détaché.

Par ailleurs, à cette liste, il convient d'ajouter le projet de loi « sur les nouvelles protections pour les entreprises et les salariés » qui comprend, dans l'état de transmission au CE, un chapitre VI qui renforce les obligations de droit du travail des entreprises détachantes et des maîtres d'ouvrage.

III – Les propositions des organismes de sécurité sociale français sur le détachement

Parallèlement aux travaux engagés au niveau national ou communautaire, l'expérience concrète acquise par les organismes français de sécurité sociale dans la gestion des dossiers de détachement, permet qu'ils puissent formuler un certain nombre de propositions d'évolution. Ces propositions relèvent, pour partie, du fonctionnement interne des organismes pour une meilleure coordination et simplification dans la gestion des dossiers, mais aussi pour assurer une meilleure traçabilité afin de permettre plus d'efficacité dans les contrôles.

Elles pourront aussi, le cas échéant, soutenir les initiatives ou les positions tenues par la France dans les discussions communautaires, à travers notamment l'illustration des situations engendrées par le droit existant. Le calendrier d'examen du « paquet mobilité » comprenant révision du Règlement 883/2004 et de la directive détachement étant repoussé après le référendum britannique sur le « Brexit », ces propositions s'inscrivent dans un calendrier de travail toujours en cours et leur pertinence reste donc justifiée.

Aussi, sans préjudice des propositions concernant le droit du travail, les organismes français de sécurité sociale considèrent que si l'on souhaite revenir à l'esprit initial, c'est-à-dire sauvegarder le niveau de protection sociale des législations nationales et restaurer la confiance en l'Europe, il est indispensable de mener de front trois actions :

- 1/ adapter les règles du jeu au niveau européen dans la lignée des propositions formulées par les autorités françaises ;
- 2/ mettre en place des processus d'échanges d'information et de coopération entre organismes de sécurité sociale des différents Etats membres, en particulier ceux chargés du prélèvement social ;
- 3/ moderniser les processus internes à la France.

1/ Adapter les règles de droit

L'adaptation des règles de droit vise à éviter la constitution d'entités, tant dans le pays d'envoi que dans le pays d'accueil, à seule fin de permettre l'exercice d'activités économiques s'exonérant des règles de la protection sociale du pays d'exercice de cette activité.

Le détachement doit notamment être, de ce fait, subordonné :

- à une durée minimale d'affiliation d'au moins 3 mois dans la sécurité sociale du pays d'envoi du travailleur ;

- à l'obligation d'activité substantielle dans le même pays de l'entreprise qui détache, mais aussi de l'entité qui reçoit le salarié (pour éviter les sociétés montées de toute pièce à cette seule finalité) ;
- à une relation de travail préalable d'au moins 3 mois du salarié avec son employeur.

Par ailleurs, aujourd'hui, des détachements peuvent être accordés successivement à une même entreprise sans que l'on vérifie qu'elle a effectivement payé les sommes dues au titre des charges sociales des précédents détachements. La fraude est d'autant plus aisée qu'il n'y a aucune communication entre les organismes de recouvrement des différents États.

Il convient ensuite de pouvoir tenir compte des situations de fait pour mettre fin au non-paiement de charges sociales, lorsque celles-ci, de toute évidence, ne satisfont pas aux conditions du détachement. Ceci n'est pas possible pour le moment car la seule détention du formulaire relatif à la législation applicable, quelle que soit la situation de fait, empêche d'exiger le paiement du prélèvement social (et l'affiliation des salariés) dans le pays d'emploi.

De plus, même en l'absence du formulaire, l'entité ayant procédé au « détachement » peut échapper aux charges en produisant un formulaire a posteriori, sans conditions de durée, même plusieurs années après la fin de la mission.

L'hétérogénéité considérable des conditions d'acquisition du formulaire dans les différents États, sans aucun processus de contrôle ou de certification au niveau européen, rend cette situation « fraudogène ».

Il est donc proposé que les États membres d'accueil exercent leurs prérogatives du redressement des cotisations à titre conservatoire dans le cas de fraude caractérisée, de lever l'opposabilité du formulaire lorsque les circonstances du fait ne correspondent manifestement pas aux circonstances du droit justifiant le maintien de la législation de l'État d'envoi dans le cadre du détachement, de prévoir un délai de réponse obligatoire des administrations des pays d'envoi, de mettre en place un processus de certification européen du processus d'attribution des formulaires.

Il est également proposé que la période de régularisation du formulaire soit limitée à deux mois.

Enfin, concernant l'activité des transporteurs routiers, il est proposé de rendre obligatoire la transmission aux autorités publiques nationales, des informations contenues dans la carte personnelle d'activité détenues par les chauffeurs. Ceci permet de connaître la durée de travail accomplie dans chaque État traversé et l'application du critère relatif à l'activité substantielle du Règlement 883/2004 permet ensuite de déterminer le pays de législation applicable.

2/ Contrôle et coopération

Les changements de règles de droit seront totalement inopérants si ne se met pas en place une vraie structure d'échange et de coopération entre organismes chargés du recouvrement social en Europe, à l'instar de ce qui s'est passé entre administrations fiscales.

Il est trop facile aujourd'hui pour la fraude d'exploiter les frontières administratives qui demeurent entre organismes publics alors qu'elles ont été abolies pour la circulation des personnes et des marchandises.

Ceci suppose en interne de bien identifier et suivre le travailleur détaché, notamment à travers les déclarations sociales (ce qui n'est pas fait aujourd'hui) et de pouvoir transmettre les informations aux organismes chargés du contrôle dans le pays d'envoi.

Seule cette coopération peut bien garantir que les charges sont effectivement acquittées, et qu'il ne s'agit pas de dumping social pur et simple.

Il est à noter que cette coopération aurait déjà un grand intérêt à règles inchangées et peut s'envisager même en l'absence d'évolution des règlements.

De plus, il est nécessaire que l'Europe facilite et organise ces relations, mais d'ores et déjà la France pourrait bâtir des échanges bilatéraux avec les États qui le souhaiteraient.

De même, il est essentiel que les autorités publiques et les instances de contrôle françaises du champ travail et celles du champ social coopèrent plus étroitement.

3/ Moderniser les processus internes

Les déclarations sociales ne doivent plus ignorer les travailleurs non soumis à la législation sociale de la France. Les différentes caisses doivent avoir des informations à jour sur la législation applicable aux personnes exerçant une activité sur son sol, notamment sur les travailleurs détachés relevant de la législation d'un autre État afin de gérer correctement les prestations. Les institutions françaises doivent se mettre en capacité d'échanger avec les institutions des autres États étrangers sur les revenus perçus dans chaque Etat donnant lieu à recouvrement de cotisations sociales en France.

C'est l'ensemble de ces trois évolutions qui peut faire en sorte que le détachement redevienne ce qu'il n'aurait jamais dû cesser d'être à savoir un outil pour la seule continuation d'une activité préexistante dans l'État d'origine, donc pour faciliter la vie des travailleurs et leur continuité de protection sociale et non pas un outil de contournement et d'abaissement de la protection sociale en Europe et de concurrence déloyale sur le marché du travail au détriment des travailleurs nationaux.