

## ***La directive Bolkestein a une sœur aînée illégitime!***

### **Le cas des travailleurs détachés d'un pays pour fournir des services dans un autre.**

Lorsqu'après la puissante polémique dont on se souvient, la directive Bolkestein sur la libre prestation des services dans le marché intérieur a finalement été adoptée après de profondes modifications du projet initial, on a cru pouvoir respirer de soulagement. En effet, pliant sous le tollé que ce projet avait déclenché et, il faut le dire, grâce à la position courageuse prise au Parlement européen par le rapporteur du texte en débat, Mme Evelyne Gebhardt, la règle de l'application du droit du pays d'origine, qui infestait la proposition de la Commission, avait été finalement réduite à peu de chose dans la version finalement adoptée.<sup>1</sup>

Mais ne voilà-t-il pas que les médias nous apprennent ces derniers jours que les "travailleurs détachés" fournissant pour le compte d'une entreprise sise dans un Etat membre "A" des prestations de services dans un autre Etat membre "B" étaient soumis en partie, en vertu du droit européen, au droit de l'Etat membre d'origine "A", et que cette situation soulevait de divers côtés de vives protestations. Les règles en la matière ne sont pourtant pas nouvelles, puisqu'elles résultent d'une directive, distincte de la directive Bolkestein, et qui remonte à 1996!<sup>2</sup> Pour apaiser les troubles déclenchés par l'affaire, les ministres du travail et des affaires sociales des "28" se sont même rejoints à Bruxelles en réunion du Conseil les 9 et 10 décembre derniers. On croyait pourtant bien avoir tordu le cou au principe du pays d'origine, et voilà qu'il resurgit dans l'actualité, frais comme un gardon! Comment cela est-il possible? La question mérite quelques éclaircissements que la presse n'a guère fournis.

#### **1°) Les domaines d'application des deux directives sont en principe distincts**

Les directives sont certes relatives toutes deux aux prestations de services. Mais alors que la directive Bolkestein réglementait l'activité des "prestataires de services", c'est-à-dire des "entreprises", y compris des entrepreneurs individuels et des artisans, la directive "détachement" ne porte que sur des "travailleurs", c'est-à-dire des salariés. Ainsi les domaines d'application des deux directives sont en principe totalement disjoints. Nous verrons plus loin que cette séparation apparemment totale n'empêche pas dans les faits certaines interférences... Mais voilà pourquoi le principe du pays d'origine, qui disparaît de l'une des directives, peut subsister dans l'autre.

#### **2°) Dans la directive "détachement", le principe du pays d'origine est de droit commun**

Dans leurs commentaires, les médias ont dit: *"Aux travailleurs détachés en France, le régime des rémunérations et du temps de travail sont régis par le droit français, tandis que les cotisations sociales le sont par le droit du pays d'origine."* Ce n'est pas faux, mais cette présentation ne met pas en lumière la philosophie sous-jacente au partage entre matières régies par le droit du pays d'origine et matières régies selon le droit du pays de destination. La réalité est que seules les matières limitativement énumérées dans la directive relèvent du droit du pays de destination, dans lequel les prestations de service sont fournies. Par différence on

<sup>1</sup> Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur. JO de l'UE n° L 376 du 27.12.2006, p. 36.

<sup>2</sup> Directive 96/71CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services. JO des Communautés européennes n° L 18 du 21.1.1997, p. 1.

peut en déduire les matières régies par le principe du pays d'origine, c'est-à-dire toutes les autres. Autrement dit la règle applicable *de droit commun* est celle du pays d'origine.

Certes, la liste des matières devant être régies par le droit du pays où s'effectue la prestation de services est longue et substantielle. On y trouve la réglementation de la durée du travail, le salaire minimal, les conditions de mise à disposition des travailleurs, la sécurité, la santé et l'hygiène au travail, les conditions de travail des enfants et des jeunes, des femmes enceintes ou venant d'accoucher, l'élimination des discriminations, notamment entre hommes et femmes. Bref, tout ce qui régit les conditions concrètes du travail lui-même. Et c'est parce que les cotisations sociales ne sont pas mentionnées dans cette liste qu'on peut en conclure qu'elles sont en effet régies par le droit du pays d'origine.

Cette méthode pour définir le partage des responsabilités entre Etat d'origine et Etat de destination est typique de l'orientation constante de la politique européenne. Dans ma note sur la directive Bolkestein,<sup>3</sup> j'avais souligné que, malgré les reculades consenties bon gré mal gré par l'Union et particulièrement par la Commission au sujet du principe du pays d'origine dans la version définitive de cette directive, ce principe demeurerait "*une arme à applications multiples*" dans le système européen. Et j'avais mentionné le régime de la TVA, le système Schengen et la directive "télévision sans frontières". Je n'avais pas identifié alors le cas des travailleurs détachés. Voilà un oubli que je répare aujourd'hui!

La règle du pays d'origine est en effet un corollaire du principe de suppression de toutes les frontières et de la généralisation du principe de concurrence, les Etats devant être mis en mesure de se concurrencer les uns les autres, même sur le terrain, par exemple, de la politique sociale. C'est aussi une des armes majeures pour réduire le champ concédé au principe antagoniste de la souveraineté nationale. En effet, les Etats sont par ce biais dépouillés dans une large mesure de la faculté de définir les conditions de la vie économique et sociale au sein de la nation dont ils ont la charge. Chaque fois que le pays d'origine s'applique, c'est le droit d'un autre pays qui s'applique, sans possibilité de défense. Primauté du droit européen et, à défaut, application d'un droit étranger se complètent pour désarticuler les cohérences nationales.

### **3°) Un principe retourné de subsidiarité**

Le principe de subsidiarité, c'est *en principe*, la liberté locale, et *seulement lorsque l'entité locale est incapable de résoudre une question*, l'intervention d'un échelon politique plus vaste. Mais ici c'est tout le contraire qui est décidé. *En principe*, le détachement de travailleurs est régi par le droit d'un pays étranger, *et seulement dans des cas spécifiés*, c'est le droit national qui s'applique. Dans le système européen, la marge de liberté des Etat membres n'est qu'une concession précaire et vouée à se réduire à chaque développement du droit de l'Union. L'inscription du principe de subsidiarité dans les traités ne doit donc pas faire illusion.

### **4°) Les risques d'interférences entre les deux directives**

En théorie, nous l'avons vu, il ne peut y avoir de chevauchement entre les champs d'application des deux directives. Pourtant il semble que la Commission ait craint que la directive Bolkestein, assainie après le tollé que l'on a dit, puisse contaminer la directive

---

<sup>3</sup> *Perversité de la "directive Bolkestein", un cas d'école*. Note de février 2005, complétée en avril 2006 et en mars 2008.

"détachement", car on trouve dans le texte final de la directive Bolkestein une disposition prévoyant qu'en cas de conflit avec la directive n° 96/71CE sur le détachement, qui est bien antérieure, c'est la directive "détachement" qui prévaudrait sur la directive Bolkestein. Donc pas d'influence de celle-ci sur celle-là. Il est intéressant de remarquer que cette précaution protégeant la directive "détachement" contre une interférence avec la directive Bolkestein ne figurait pas dans la proposition initiale de celle-ci<sup>4</sup>. Elle apparaît dans la proposition modifiée qui date d'avril 2006,<sup>5</sup> après que se soit déclenché le tollé contre le principe du pays d'origine. La Commission n'aurait-elle pas craint que l'offensive contre le principe du pays d'origine déborde sur la question du détachement des travailleurs? Elle aurait alors inséré cette clause pare-feu de façon à éviter que l'offensive détruise le même principe dans la matière du détachement des travailleurs? Simple hypothèse, mais plausible.

D'ailleurs la Commission a inséré dans la même proposition Bolkestein modifiée le même pare-feu pour deux autres directives et un règlement, lesquels assurent de façon complexe la coordination des législations nationales en matière télévisuelle, sociale, ainsi que de délivrance des diplômes, coordination qui peut entraîner l'application dans un Etat membre de dispositions émanant d'autres Etats membres,<sup>6</sup> c'est-à-dire explicitement ou implicitement le recours au principe du pays d'origine.

Ceux qui se sont insurgés contre le principe du pays d'origine en ce qui concerne les entreprises de fourniture de services tel qu'il dominait dans les premières versions de la directive Bolkestein<sup>7</sup> ne semblent guère s'être aperçus qu'il continuait à inspirer d'autres textes européens déjà en vigueur: la Commission a réussi à sauver les meubles...

Malgré ces précautions de la Commission, les interférences entre directive Bolkestein et directive sur les travailleurs détachés peuvent se produire par des pratiques proches de la fraude, et apparemment relativement faciles à mettre en œuvre. Des entreprises désireuses de faire des affaires dans un Etat membre autre que le leur en exploitant le fait que les coûts de main-d'œuvre sont moins élevés chez eux que dans cet autre Etat membre, se heurtant au fait que la directive Bolkestein a finalement rejeté la mise en œuvre du droit social du pays d'origine, peuvent déguiser leur intervention en recourant à la formule du "détachement" de travailleurs, auquel cas ce n'est plus la directive Bolkestein réservée aux entreprises qui s'applique, mais la directive "détachement", applicable aux salariés, et qui reconnaît partiellement, comme on l'a vu, le principe du pays d'origine. C'est ainsi, par exemple, que la directive "détachement" prévoit le cas de détachements de travailleurs opérés par des entreprises d'intérim<sup>8</sup>. Cela peut donner lieu à une belle chaîne de sous-traitance. Une entreprise "A" sise dans l'Etat membre "B" et désireuse de vendre des services dans l'Etat membre "C", au lieu de fournir directement et en son nom les services en cause, auquel cas

---

<sup>4</sup> La proposition initiale pour la directive Bolkestein est le document COM(2004)2 final du 13 janvier 2004.

<sup>5</sup> La proposition modifiée est le document COM(2006)160 final du 4 avril 2006.

<sup>6</sup> Directive 89/552/CEE du Conseil, du 3 octobre 1989, visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (JO des Communautés européennes, n° L 298 du 17.10.1989, p. 23). Directive 2005/36/CE du Parlement et du Conseil, du 7 septembre 2005, relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles (JO de l'UE n° L 255 du 30 septembre 2005, p. 22). Règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JO des Communautés européennes n° L 149 du 5 juillet 2011, p. 2). Ces trois textes peuvent contenir des dispositions entraînant l'application dans un Etat membre de dispositions ou initiatives émanant d'autres Etats membres, telles que des émissions télévisuelles, des diplômes, des droits de sécurité sociale...

<sup>7</sup> Et non pas "Bolkenstein", comme on le voit souvent écrit dans la presse.

<sup>8</sup> Article 1<sup>er</sup>, § 3, c.

elle se heurterait aux règles Bolkestein, peut être tentée de se dissimuler derrière une entreprise d'intérim en lui confiant quelques travailleurs qui seront liés par un authentique contrat de travail à cette entreprise d'intérim, laquelle "détachera" pour la durée d'un chantier ces travailleurs, qui seront régis ainsi par la sensiblement plus laxiste directive "détachement". Et voilà comment le principe du pays d'origine va peut-être resurgir là où on ne l'attendait pas!

### **5°) Le concept de détachement reste flou**

Le caractère de "travailleur détaché" dépend de divers critères qui ne sont pas précisés dans la directive. En particulier le régime prévu par la directive ne vaut que pour des détachements effectués pour une "période limitée". Au-delà de cette limite de temps, les règles de droit commun en matière de libre circulation des travailleurs de l'Union dans tout le territoire de celle-ci s'appliquent. Cependant aucun texte en vigueur actuellement n'indique quelle est la durée de cette "période limitée", et plus généralement quels sont les critères permettant de décider si un travailleur se trouve dans une situation de détachement au sens de la directive. La Commission souligne elle-même en effet que *"la directive 96/71/CE ne précise aucunement la façon de déterminer si l'employeur est établi dans un État membre donné, ni sur quels critères plus spécifiques il convient de se fonder pour établir le caractère temporaire de la tâche confiée au travailleur détaché et l'État membre dans lequel celui-ci «travaille habituellement»"*.<sup>9</sup> Il en résulte que *"les autorités compétentes des États membres, les prestataires de services et les travailleurs détachés eux-mêmes sont souvent dans des situations ambiguës, dans lesquelles il est difficile de savoir s'il y a détachement au sens de la directive sur le détachement de travailleurs. Des employeurs ont également commis des abus en profitant du manque de clarté des dispositions pour contourner les règles en vigueur."*<sup>10</sup> Bref, on devine que la directive est la source de dérapages multiples et de cas de concurrence frauduleuse aux dépens de l'Etat membre destinataire.

### **6°) Etats membres, renoncez de vous-mêmes à vos droits!**

Une des techniques de l'Union pour affaiblir les Etats membres est la suivante. Après avoir pris aux Etats membres tout ce que l'on pouvait en vertu de dispositions légales ou réglementaires, on incite en plus les Etats membres à renoncer d'eux-mêmes à certains des droits que la réglementation a laissé subsister en leur faveur. Les cas les plus connus sont ceux des "clauses-passerelles" qui ont été insérées dans le traité lui-même. Le traité de Lisbonne laisse subsister quelques situations pour lesquelles la prise de décision requiert l'unanimité des Etats membres. Mais pour un grand nombre de ces dispositions, le traité confère la possibilité pour le Conseil européen de remplacer la règle de l'unanimité par une procédure de décision à la majorité qualifiée, sans passer par la procédure ordinaire de révision du traité.

La directive "détachement" contient quelques dispositions de ce genre. Elle permet en effet aux Etats membres de renoncer à l'application, pourtant prévue par la directive, de certaines dispositions nationales en matière de détachement de travailleurs, lorsque le détachement est de faible ampleur ou de très courte durée. Et là, curieusement, les limites de durée sont précisées dans la directive. Ainsi, un Etat membre peut dans certains cas renoncer à imposer le salaire minimal en vigueur chez lui lorsque la durée du détachement n'est pas supérieure à un mois (article 3, §§ 3, 4 et 5). Il peut renoncer dans d'autres cas à appliquer les règles en vigueur chez lui en matière de durée minimale de congés annuels payés et de taux de

---

<sup>9</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE. Document COM(2012) 131 final du 21 mars 2012, p. 14.

<sup>10</sup> Ibidem, pp. 14 et 15.

salaires minimaux "en raison de la faible ampleur des travaux à effectuer" (article 3, § 5, compte tenu du rectificatif publié au JO du 28.11.2007, p. 22).

\*

Quels ont été les résultats obtenus lors de la réunion du Conseil des 9 et 10 décembre derniers? La Commission, consciente du manque de précision de certains aspects de la directive et des risques de fraude qui en résultent, a publié le 21 mars 2012 une proposition de directive tendant à préciser les modalités d'exécution de la directive "détachement"<sup>11</sup>. Mais jusqu'à ce jour, cette proposition n'a pas encore été adoptée. Cependant sa discussion se poursuit, et tel a été l'un des objets de la réunion précitée du Conseil.

Il paraît selon certains<sup>12</sup> que Michel Sapin, notre ministre du travail, aurait dit: "*La France tient une position extrêmement ferme et travaille avec acharnement à une solution. ... Nous ne voulons pas laisser la concurrence déloyale s'installer et précariser les systèmes sociaux des pays avancés.*" Rodomontade! Puisqu'il s'agit d'un texte portant sur l'exécution de la directive "détachement", et non d'une proposition de *modification* de cette directive, il est clair que l'on ne peut attendre des discussions en cours une amélioration de fond du système. La directive "détachement" de 1996 sortira sans la moindre altération des discussions en cours. Il s'agit au contraire d'en assurer une plus compétente et plus sûre application.

Le communiqué de presse du Conseil sur la session des 9 et 10 décembre<sup>13</sup> nous apprend que les Etats membres sont convenus qu'il y avait lieu de renforcer les mesures nationales de contrôle et de surveillance tendant à assurer une exécution exacte des obligations imposées aux prestataires de service par la directive "détachement". Evidemment, et comme d'habitude, ces mesures devront se limiter à ce qui est vraiment nécessaire, et compatible avec le droit européen.

D'autre part, pour assainir les prestations de services fournies par le biais d'une sous-traitance ou d'une chaîne de sous-traitances, la mise en cause éventuelle de la responsabilité du sous-traitant employeur du travailleur détaché pourra s'étendre à une mise en cause du donneur d'ordre de la sous-traitance, qui constitue en quelque sorte un employeur indirect du travailleur en cause.

Bref, un léger assainissement possible des pratiques de détachement, et aussi un peu de travail en plus pour les Etats membres... En somme, une amélioration des mesures d'exécution qui risque fort de demeurer cosmétique.

*Meylan, le 14 décembre 2013,*

Romain ROCHAS  
Chef de division honoraire  
de la Cour des comptes européenne.

---

<sup>11</sup> Document précité COM(2012) 131 final.

<sup>12</sup> agoravox.fr du 11 décembre 2013.

<sup>13</sup> PRESSE 555, PR CO 65 (version provisoire seulement en anglais), document 17546/13.