

Détachement, mise à disposition, déplacement de travailleurs, prêt de main d'œuvre : *what else* ?

par *Fabienne MULLER*, Directrice de l'Institut du travail,
Centre du droit de l'entreprise, Université de Strasbourg

PLAN

- I. L'affaire *Vicoplus* : un tournant dans l'appréhension des formes de détachement ?
 - A. L'objet du contrat de prestation de services permet-il une différence de traitement ?
 - B. Le détachement, objet ou accessoire de la prestation de services ?
 - C. Le détachement-mise à disposition, mode d'accès au marché du travail de l'Etat d'exécution de la prestation de travail
- II. La bonne résistance du droit français aux montages juridiques impliquant des détachements abusifs
 - A. Utilité de l'interdiction du prêt de main d'œuvre à but lucratif
 - B. Détachement et travail illégal

Quinze ans après l'adoption de la directive 96/71 censée fournir au détachement des travailleurs un cadre juridique permettant de réaliser un compromis entre libertés économiques et droits sociaux, cette forme de mobilité continue à susciter des critiques. L'interprétation fournie par la CJUE de certaines de ses dispositions a suscité la colère des organisations syndicales et parfois leur condamnation (1). La Confédération européenne des syndicats en a tiré les conséquences : elle propose une modification de la directive 96/71 (2). La Commission européenne, peu favorable à un changement de fond qui risquerait de mettre à mal l'équilibre réalisé par la directive entre libertés économiques et droits sociaux, présentera prochainement une proposition législative visant à améliorer la mise en œuvre de la directive relative au détachement des travailleurs. Elle a introduit une proposition de directive visant à faciliter le détachement intra groupe effectué à partir d'une société établie dans un Etat tiers (3).

Rappelons brièvement que, conformément à l'article 1, paragraphe 3 de la directive 96/71, cette opération permet à une entreprise établie dans un Etat membre de l'UE de :

- détacher un salarié dans le cadre d'une prestation de services effectuée pour le compte d'une entreprise destinataire établie dans un autre Etat membre,
- détacher un salarié sur le territoire d'un Etat membre, dans un établissement ou dans une entreprise appartenant au même groupe,
- détacher un salarié dans le cadre du travail intérimaire ou le mettre à disposition d'une entreprise utilisatrice établie ou exerçant son activité sur le territoire d'un Etat membre.

Les points communs à ces trois formes d'utilisation du détachement résident dans l'existence d'une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement et le maintien des salariés au régime de sécurité sociale de leur Etat d'envoi (4). L'article 3 de la directive 96/71 garantit aux salariés détachés, quelle que soit la loi applicable à leur contrat de travail, les conditions de travail et d'emploi applicables dans l'Etat d'exécution de la prestation de travail pour autant que ces règles soient fixées soit "par des

(1) La Cour du travail suédoise, dans son arrêt du 2 décembre 2009 faisant suite au jugement de la CJUE dans l'affaire Laval, a condamné les organisations syndicales au paiement de près de 250 000 € de dommages et intérêts au motif que leurs actions étaient contraires au droit communautaire.

(2) La CES émet huit propositions d'amélioration de la directive sur le détachement des travailleurs ; elles sont accessibles sur son site : http://www.etic.org/IMG/pdf/final_report_ETUC_expert_group_posting_310510_FR.pdf

(3) Proposition de directive établissant les conditions d'entrée et de séjour des ressortissants de pays tiers dans le cadre d'un détachement intragroupe, 13 juillet 2010, COM (2010) 378 final, 2010/0209 (COD).

(4) Article 14, 1) du Règlement CEE 1408/71 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 L 149 du 5 juillet 1971. Ces règles figurent aujourd'hui aux articles 12 du règlement (CE) n° 883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de Sécurité sociale et 14 du règlement d'application n° 987/2009.

dispositions législatives, réglementaires ou administratives”, soit par “des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d’application générale”. Toutefois la CJUE a jugé que la liste des garanties énoncées aux points a) à g) constitue une liste limitative (5).

L’association de ces deux exigences quant à la source des règles d’une part et la liste limitative des règles protectrices d’autre part, conduit à une forme de dumping social notamment dans les Etats membres dans lesquels n’existe aucun salaire minimal d’origine légale et aucun dispositif permettant d’étendre les accords négociés à un secteur professionnel ou à l’ensemble du territoire national. Dans ces cas de figures le prestataire peut s’affranchir de toutes contraintes salariales, sachant que cette liberté peut se cumuler avec l’avantage compétitif que lui procure le faible niveau des cotisations sociales dont il s’acquitte dans l’Etat d’établissement (6).

A ce dumping social autorisé s’ajoutent les formes de travail illégal permettant via des montages juridiques complexes de fournir de la main d’œuvre sous couvert du statut de travailleurs indépendants. Les faux travailleurs indépendants échappent totalement à l’application de la directive détachement qui ne vise que les salariés détachés. Les chaînes de sous-traitance dans le secteur de la construction constituent la vitrine de ces pratiques abusives (7).

Tous les contentieux portés devant la CJUE portent sur la compatibilité de règles nationales avec la libre prestation de services, liberté fondamentale garantie par les traités aux articles 56 et 57 du TFUE et force est de constater que cette liberté économique prime aujourd’hui sur les droits sociaux. Elle conduit à affaiblir les exigences des administrations de contrôle dans l’Etat d’accueil, ces exigences étant considérées comme *“de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues”* (8). Dans ce contexte l’arrêt *Vicoplus* du 10 février 2011 (9) présente un intérêt tout particulier et ne doit pas être considéré comme mineur au motif qu’il porte sur les règles applicables pendant la période transitoire qui a pris fin le 1^{er} mai 2011 (10). Il semble bien plus introduire une brèche dans l’appréhension des formes de détachement et pourrait à terme impliquer des conséquences non négligeables quant à l’équilibre entre libre prestation de services et droits sociaux (I). Il rejoint en partie la conception française de cette forme de mobilité. Il n’est pas d’une grande utilité d’un point de vue franco-français tant il est vrai que notre législation nationale s’avère efficace pour contrer les dérives liées au détachement (II).

I. L’affaire *Vicoplus* : un tournant dans l’appréhension des formes de détachement ?

L’affaire *Vicoplus* portée devant la CJUE est révélatrice des modes d’utilisation du détachement et des résistances des Etats membres face à certains d’entre eux. Le détachement peut constituer le moyen de

réaliser une prestation de services mais il peut aussi être l’objet même de cette prestation de services soit au titre du travail temporaire soit au titre d’une mise à disposition de main d’œuvre ainsi que le permet le point c) du § 3

(5) Directive 96/71: article 3, 1.

- a) les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos ;
- b) la durée minimale des congés annuels payés ;
- c) les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires ; le présent point ne s’applique pas aux régimes complémentaires de retraite professionnels ;
- d) les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire ;
- e) la sécurité, la santé et l’hygiène au travail ;
- f) les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d’emploi des femmes enceintes et des femmes venant d’accoucher, des enfants et des jeunes ;
- g) l’égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d’autres dispositions en matière de non-discrimination.

(6) Pour plus d’information, consulter le rapport "Comparative study on the legal aspects of the posting of workers in the framework of the provision of services in the European Union", 2011, accessible sur la page détachement du site internet de la DG Emploi, Affaires sociales et Inclusion.

(7) Voir le rapport de Jan Cremers "A la recherche de main-d’œuvre bon marché en Europe" European Institute for Construction Labour Research, 2011 et le rapport "Joining up in the fight against undeclared work in Europe - Feasibility study on establishing a European platform for cooperation between labour inspectorates, and other relevant monitoring and enforcement bodies, to prevent and fight undeclared work", 2010, accessible sur la page détachement du site de la DG Emploi, Affaires sociales et Inclusion.

(8) CJCE du 23 novembre 1999, C-369/96 et C-376/96, *Arblade*, CJCE du 18 07 2007, *op. cit.*, point 63.

(9) CJUE, 10 février 2011, Affaires jointes C-307/09, C-308/09 et C-309/09, *Vicoplus SC PUIH, BAM Vermeer Contracting sp. zoo et Olbek Industrial Services sp. zoo c/ Minister van Sociale Zaken en Werkgelegenheid*.

(10) A compter du 1^{er} mai 2011, les ressortissants de la République tchèque, de l’Estonie, de la Lettonie, de la Lituanie, de la Hongrie, de la Pologne, de la Slovaquie et de la République tchèque bénéficieront sans restriction du droit de travailler dans n’importe quel Etat de l’UE.

de l'article 1 de la directive. Dans ces trois cas de figure il s'inscrit dans le cadre de la libre prestation de services et non dans le cadre de la libre circulation des travailleurs. Il ne fait aucun doute que *"l'activité consistant, pour une entreprise, à mettre à disposition, contre rémunération, de la main-d'œuvre qui reste au service de cette entreprise sans qu'aucun contrat de travail ne soit conclu avec l'utilisateur constitue une activité professionnelle qui réunit les conditions fixées à l'article 57, premier alinéa, TFUE et doit, dès lors, être considérée comme un service"* (11). Au-delà de cette affirmation de principe, la question posée à la Cour est de savoir si le contrat dont l'objet porte exclusivement sur la mise à disposition de main d'œuvre est susceptible de faire l'objet d'un traitement différent (A) et dans l'affirmative sur quelle base (B) ?

A. L'objet du contrat de prestation de services permet-il une différence de traitement ?

En l'espèce, le conflit opposait les Pays-Bas à plusieurs entreprises polonaises ayant détaché des salariés pendant la phase de transition suivant l'adhésion de la Pologne à l'Union européenne. Les Pays-Bas, ayant fait usage de leur droit de restreindre l'accès au marché du travail, ont imposé des autorisations de travail pour tout emploi de ressortissant étranger en excluant toutefois le cas de figure dans lequel l'étranger accomplit temporairement un travail aux Pays-Bas au service d'un employeur établi dans un État membre de l'Union européenne dans le cadre d'une prestation de services transnationale. Mais la législation néerlandaise précisait que cette exclusion n'avait pas vocation pas à s'appliquer dans le cadre d'une prestation de services consistant en la mise à disposition de main-d'œuvre. Les Pays-Bas ont par conséquent infligé des amendes aux entreprises polonaises en estimant que les prestations de services en cause n'avaient qu'un objet : la mise à disposition de main d'œuvre. Or, les entreprises polonaises déployaient différents types d'activités : l'une affichait une activité de révision de pompes, une autre la réparation et l'adaptation des camions ainsi que des remorques. Seule la dernière avait pour objet la fourniture de personnel pour accomplir des services de traitement de déchets. Les Pays-Bas ont considéré que *"le travail desdits ressortissants avait été exécuté sous le contrôle et la responsabilité de la société néerlandaise en question, en utilisant les moyens et les matériaux de celle-ci, et que ce travail ne relevait pas des activités principales desdites entreprises polonaises"*. La juridiction de renvoi s'interroge sur la portée de la notion de *"mise à disposition de main-*

d'œuvre" et, en particulier, sur l'importance à conférer à la nature de l'activité principale que l'entreprise prestataire de services en question exerce dans son État membre d'établissement. Le détachement de travailleurs effectué dans le cadre du point c) de l'article 3 de la directive, c'est-à-dire par une entreprise de travail intérimaire ou par une entreprise qui met un travailleur à disposition d'une entreprise utilisatrice peut-il faire l'objet d'une restriction sans violation de la libre prestation de services ?

Les faits de l'affaire soumise à la CJUE présentent de fortes ressemblances avec le contentieux ayant suivi l'adhésion du Portugal à l'UE et ayant donné lieu à l'arrêt *Rush Portuguesa* (12). Autre époque, même crispation...

La CJUE est donc amenée à valider, ou non, les sanctions infligées aux entreprises polonaises en se prononçant sur leur compatibilité avec la libre prestation de services, cette dernière échappant, en principe, à toute restriction pendant la phase transitoire suivant l'adhésion des nouveaux Etats membres.

Dans l'arrêt *Rush Portuguesa*, la Cour avait considéré que *"le déplacement temporaire de travailleurs qui sont envoyés vers un autre État membre pour y effectuer des travaux de construction ou des travaux publics dans le cadre d'une prestation de services de leur employeur"* ne peut faire l'objet de restriction au motif que *"de tels travailleurs retournent dans leur pays d'origine après l'accomplissement de leur mission, sans accéder à aucun moment au marché de l'emploi de l'État membre d'accueil"*. Ce principe a été appliqué avec constance : les Etats invoquant la nécessité d'éviter des perturbations sur le marché de l'emploi (motif validé par la CJUE comme constituant une raison impérieuse d'intérêt général (13)) pour exiger des permis de travail des travailleurs ressortissants d'Etats tiers détachés par une entreprise établie dans un Etat de l'UE ont toujours été condamnés au motif que ces salariés ne prétendent *"pas accéder au marché de l'emploi de ce second État, dès lors qu'ils retournent dans leur pays d'origine ou de résidence après l'accomplissement de leur mission"* (14).

Les tensions actuelles, la législation néerlandaise excluant la prestation de services portant exclusivement sur la mise à disposition de personnel des dispositions applicables en matière de libre prestation de services ainsi que les conclusions de l'avocat général Yves Bot, ont amené la Cour sur une autre voie. Invoquant la finalité des dispositions dérogatoires de l'acte d'adhésion de la Pologne (*"éviter que, à la suite de l'adhésion à l'Union de nouveaux États membres, il ne se produise des perturbations sur le marché du travail des anciens*

(11) Point 27 de l'arrêt précité.

(12) CJCE 27 mars 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa Lda contre Office national d'immigration*, Rec. p. I-1417.

(13) Voir, en ce sens, l'arrêt du 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*.

(14) CJUE, 21 octobre 2004, C-445/03, *Commission c/ Grand-duché de Luxembourg* ; CJUE, 21 septembre 2006, C-168/04, *Commission c/ Autriche*.

États membres¹⁵), la Cour invalide la distinction artificielle entre l'afflux de travailleurs sur le marché du travail d'un État membre directement et de manière autonome ou via la mise à disposition. La Cour aurait pu s'appuyer sur la directive 2008/104/CE du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire dont la transposition doit être assurée au plus tard le 5 décembre 2011. En effet son article 6 garantit expressément aux travailleurs intérimaires la possibilité d'accéder aux emplois vacants dans l'entreprise utilisatrice (15).

Dès lors, il appartenait à la Cour d'élaborer des critères pour départager le détachement bénéficiant pleinement de la libre prestation de celui qui ne constitue qu'une fourniture de main d'œuvre susceptible de subir des restrictions, soit pendant la phase transitoire, soit au-delà en vertu d'une perturbation du marché du travail validée comme raison impérieuse d'intérêt général susceptible de justifier une entrave à la libre prestation de services.

B. Le détachement, objet ou accessoire de la prestation de services ?

Si le droit français et ses développements jurisprudentiels permettent de distinguer le prêt de main d'œuvre de la mise à disposition de main d'œuvre nécessaire à l'exécution d'une prestation de services, la Cour doit, elle, construire dans le cadre juridique de la directive 96/71 et notamment des points a) et c) du paragraphe 3 de l'article 1 de la directive détachement.

Selon la Cour, *"il importe de distinguer la mise à disposition du déplacement temporaire de travailleurs qui sont envoyés vers un autre État membre pour y effectuer des travaux dans le cadre d'une prestation de services de leur employeur"*. La distinction repose sur l'objet du contrat.

Si le détachement constitue l'objet même du contrat, il relève du point c). Dans ce cadre, le travailleur détaché *"travaille sous le contrôle et la direction de l'entreprise utilisatrice"*. Cette approche est corroborée par *"l'article 1^{er}, sous 2), de la directive 91/383, qui dispose qu'un employé d'une entreprise de travail intérimaire est mis à disposition afin de travailler pour une entreprise et/ou un établissement utilisateurs et sous leur contrôle"*.

Si le détachement n'est qu'un déplacement temporaire de travailleurs envoyés vers un autre État membre pour y effectuer des travaux dans le cadre d'une prestation de

services de leur employeur, il est *"l'accessoire d'une prestation de services"* et relève du point a).

La distinction entre ces deux formes de détachement ne dépend pas de l'activité principale de l'entreprise prestataire : dans l'espèce en cause, les trois entreprises se distinguaient par leur objet social, seule l'une d'entre elles affichait la fourniture de main d'œuvre comme étant son activité principale. Accepter ce critère comme permettant de considérer que le détachement relève du point a) dès lors que l'entreprise prestataire afficherait un objet social indiquant un savoir faire aurait conduit à se contenter des apparences. De plus, certains États membres ne contraignent pas les entreprises de travail temporaire à exercer cette activité de manière exclusive. La Cour rejette donc le critère de l'activité principale de l'entreprise prestataire comme moyen d'identification du déplacement accessoire d'une prestation de services et du détachement opérant une mise à disposition de main d'œuvre.

Le retour du salarié dans son État d'origine à l'issue de sa mission n'est pas non plus un critère significatif puisque ce retour peut intervenir dans les deux cas de figure.

C. Le détachement-mise à disposition, mode d'accès au marché du travail de l'État d'exécution de la prestation de travail

La distinction établie par la CJUE emporte une conséquence majeure. Lorsque la prestation de services a pour effet d'affecter le salarié, durant la période de sa mise à disposition, à un poste au sein de l'entreprise utilisatrice qui serait normalement occupé par un salarié de celle-ci, elle permet de considérer que cette prestation a pour objet de faire *"accéder des travailleurs au marché de l'emploi de l'État membre d'accueil"*.

Or, la Cour a toujours considéré avec constance que les *"travailleurs détachés par une entreprise établie dans un État membre et qui sont détachés dans un autre État membre en vue d'y effectuer une prestation de services ne prétendent pas accéder au marché de l'emploi de ce second État, dès lors qu'ils retournent dans leur pays d'origine ou de résidence après l'accomplissement de leur mission"* (16). Cette approche lui permettait de condamner les législations des États membres exigeant certains documents sociaux ou des attestations d'emploi régulier et habituel dans l'État membre d'établissement

(15) Article 6 : *"Accès à l'emploi, aux équipements collectifs et à la formation professionnelle :*

1. Les travailleurs intérimaires sont informés des postes vacants dans l'entreprise utilisatrice dans le but de leur assurer la même possibilité qu'aux autres travailleurs de cette entreprise d'obtenir un emploi permanent. Cette information peut être fournie au moyen d'une annonce générale placée à un endroit approprié dans l'entreprise pour laquelle et sous le contrôle de laquelle ces travailleurs intérimaires travaillent.

2. Les États membres prennent les mesures nécessaires pour que les clauses interdisant ou ayant pour effet d'empêcher la conclusion d'un contrat de travail ou d'une relation de travail entre l'entreprise utilisatrice et le travailleur intérimaire après l'expiration de sa mission soient nulles ou puissent être déclarées nulles."

(16) CJUE, 21 septembre 2006, C-168/04, *Commission c/ République d'Autriche* ; CJUE, 21 octobre 2004, C-445/03, *Commission c/ Grand Duché du Luxembourg* ; CJUE, 19 janvier 2006, C-244/04, *Commission c/ RFA*.

de leur employeur. Elle ne faisait aucune distinction selon les modalités du détachement.

Dans l'arrêt *Vicoplus*, la CJUE valide l'idée que le détachement opéré sous la forme d'une mise à disposition "est susceptible d'avoir un impact sur le marché du travail de l'État membre du destinataire de la prestation et que les travailleurs employés par des entreprises de mise à disposition de main-d'œuvre peuvent, le cas échéant, relever des dispositions des articles 45 TFUE à 48 TFUE relatifs à la libre circulation des travailleurs".

Ce retournement lui permet de valider les restrictions appliquées par les Pays-Bas au motif "qu'un État membre doit pouvoir vérifier, sous réserve de respecter les limites posées par le droit de l'Union, qu'une prestation de services ne vise pas, en réalité, la mise à disposition de main-d'œuvre ne bénéficiant pas de la libre circulation des travailleurs".

Il faudra attendre l'impact potentiel de cette nouvelle approche du détachement qui distingue désormais clairement le détachement comme accessoire d'une prestation de services relevant du point a) du paragraphe 3 de l'article 1 de la directive du détachement considéré comme l'objet de la prestation de services du

détachement consistant à mettre à disposition des salariés d'une entreprise utilisatrice.

Cette seconde catégorie n'est plus à l'abri de la libre prestation de services. Elle pourrait justifier des restrictions à la libre prestation de services dès lors que pourrait être justifiée une raison impérieuse d'intérêt général.

La Cour a toujours admis que peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général justifiant des restrictions à la libre prestation de services, "la protection sociale des travailleurs" (17) ou "le souci d'éviter des perturbations sur le marché de l'emploi" (18). En admettant que le détachement exercé dans les formes d'une mise à disposition permet l'accès au marché du travail de l'Etat d'accueil, elle rouvre une porte jusque là fermée. L'avenir nous dira comment les Etats membres et les organisations syndicales dont la législation apparaît faiblement protectrice se serviront de cette brèche dans le cas où le recours massif à des mises à disposition de main d'œuvre effectuées à partir d'Etats membres, moins exigeants du point de vue salarial, viendrait perturber le marché du travail de l'Etat d'accueil.

Cette jurisprudence peut-elle être utile en France ou est-elle dépassée au vu de l'arsenal législatif et jurisprudentiel relatif au détachement ?

II. La bonne résistance du droit français aux montages juridiques impliquant des détachements abusifs

Désosseurs roumains détachés dans les abattoirs bretons, sexeurs de poussins chinois mis à disposition d'une entreprise avicole, entreprises de transports aériens invoquant le détachement de travailleurs pour appliquer la législation du travail et de la sécurité sociale de l'Etat du siège de l'entreprise à des salariés affectés de manière permanente dans l'Etat d'exécution de la prestation de travail..., les médias français se font régulièrement l'écho de différentes formes de détachement en relevant bien souvent les conditions de travail déplorables des salariés concernés. Le droit social français permet-il de faire barrage aux abus liés aux détachements de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services transnationale ? Permet-il de saisir des opérations auxquelles sont confrontés tous les corps de contrôle des Etats membres, à savoir des montages juridiques plus ou moins savants visant, soit à contourner

les règles en matière de détachement, soit à utiliser les carences des législations nationales en utilisant pleinement la libre prestation de services ?

L'arrêt *Vicoplus* a entériné une approche inscrite dans le droit français de longue date. La mise à disposition de travailleurs bénéficie d'un cadre juridique précis interdisant tout débordement ; elle ne peut s'effectuer que dans le cadre du travail temporaire et cette exclusivité est protégée par deux interdictions : l'interdiction du prêt de main d'œuvre à but lucratif (19) et l'interdiction du marchandage (20), deux qualifications expressément mentionnées à l'article L. 8211-1CT comme constitutives de travail illégal. Articulées avec les autres infractions mentionnées par le même article, la répression peut s'avérer très efficace.

(17) CJUE, 18 juillet 2007, C-490/04, *Commission c/ RFA* ; CJUE, 25 octobre 2001, C-493/99, *Commission c/ RFA* ; CJUE, 29 novembre 1999, C-369/96 et C-376/96, *Arblade*.

(18) CJUE, 27 mars 1990, C-113/89, *Rush Portuguesa*, point 13 ; CJUE, 21 octobre 2004, C-445/03, *Commission c/ Grand Duché du Luxembourg*, point 38.

(19) L. 8241-1, al. 1 du Code du travail. L'alinéa 2 de cet article admet toutefois des dérogations mais elles sont strictement limitées à des opérations déterminées.

(20) L. 8231-1 du Code du travail.

A. Utilité de l'interdiction du prêt de main d'œuvre à but lucratif

Les anciens articles L. 125-3 et L. 125-1 devenus les articles L. 8241-1 et L. 8231-1 du Code du travail restent la première pierre de construction de l'édifice répressif. Ils sont accusés d'introduire une insécurité juridique permanente pesant sur les prestataires de services ou de protéger le monopole des entreprises de travail temporaire. Les assises de la simplification de la réglementation du 29 avril 2011 (21) visent expressément à "faciliter l'application du droit social" et la fiche n° 20 entend "clarifier et préciser le cadre juridique du prêt de main d'œuvre" au motif qu'il présente "un risque juridique [...] pour les véritables opérations de prestations de services ou de sous traitance qui peuvent être pénalisées par le juge alors même que l'entrepreneur serait de bonne foi". Or ces règles garantissent l'effectivité des règles sociales applicables aux prestations fournies par les entreprises de travail temporaire. Elles permettent d'appréhender la mise à disposition du personnel effectuée dans le cadre d'une prestation de services lorsque de toute évidence, la mise à disposition n'est plus l'accessoire d'une prestation de services fournie par une entreprise capable de justifier d'un savoir faire et d'une technicité propre. Ce dernier critère est en effet celui qui permet d'échapper à toute poursuite (22).

La Cour de cassation, dans son arrêt du 9 novembre 2010 (23), a qualifié de prêt de main d'œuvre illicite un contrat de prestation de services conclu entre une société luxembourgeoise et des sociétés établies en France. En dépit d'un contrat de prestation de services conclu dans les formes, la Cour requalifie le contrat en prêt de main d'œuvre à but lucratif en constatant deux éléments clés :

- la totale intégration des salariés mis à disposition dans les équipes du bénéficiaire : le planning de travail des salariés de la société luxembourgeoise était géré et contrôlé par la hiérarchie de l'entreprise destinataire de services; le contenu des tâches ne transitait pas par la société luxembourgeoise, le travail devait être réalisé sous

le contrôle permanent du responsable d'atelier de l'entreprise française destinataire de services ;

- l'absence de technicité propre du sous-traitant caractérisée par le fait que les tâches dévolues à la société prestataire n'étaient ni spécifiques, ni bien définies, et ne nécessitaient pas une compétence particulière. Cette carence est illustrée par le fait que l'ensemble des matériaux utilisés ainsi que la majeure partie du matériel ont été mis à sa disposition par la société destinataire des services.

Les délits de marchandage et de prêt de main d'œuvre à but lucratif constituent de toute évidence le moyen d'appréhender les abus en matière de détachement. En l'espèce, l'opération de détachement ne poursuit qu'un but : profiter des distorsions de concurrence liées au faible poids des charges patronales au Luxembourg (12,3 % contre 66 % en France (24)). Du point de vue du droit communautaire, l'opération est parfaitement légale, le détachement opéré à partir d'une société établie sur le territoire luxembourgeois autorisant le maintien de l'affiliation des salariés au régime de sécurité sociale de leur Etat d'envoi.

Le délit de prêt de main d'œuvre illicite permet ainsi de contrer les effets dévastateurs de la législation communautaire qui n'interdit pas la libre prestation de services impliquant une mise à disposition de travailleurs dès lors que l'entreprise exerce une activité significative dans l'Etat de son siège (25).

Les nouveaux règlements applicables en matière de sécurité sociale (26) ont d'ailleurs aggravé le phénomène. Les anciens règlements autorisant le maintien de l'affiliation du salarié détaché au régime de l'Etat d'envoi visaient "la personne qui exerce une activité salariée sur le territoire d'un Etat membre au service d'une entreprise dont elle relève normalement" (27). Ils exigeaient un lien contractuel préalable entre l'entreprise prestataire et le salarié détaché. La nouvelle formulation issue de l'article 12 du Règlement 883/2004 a supprimé cette condition pour y substituer l'exigence d'une activité "normale" de l'employeur dans l'Etat membre d'envoi (28). Elle favorise

(21) Les assises de la simplification : 80 mesures pour simplifier la vie des entreprises et soutenir leur compétitivité, Bercy 29 avril 2011, <http://www.pme.gouv.fr/simplification/dossier-complet.pdf>

(22) Cass. Soc. 20 mai 2009, pourvoi n° 07-44667 ; Cass. crim. 3 mars 2009, pourvoi n° 07-81043.

(23) Cour de cassation, Ch. crim. 9 novembre 2010, pourvoi n° 09-88759.

(24) Voir le site du CLEISS présentant les taux de cotisations dans le monde : <http://www.cleiss.fr/docs/cotisations/index.html>

(25) Règlement (CE) n° 987/2009, du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale. Article 14 : « Précisions relatives aux articles 12 et 13 du règlement de base : 2. Aux fins de l'application de l'article 12, paragraphe 1, du règlement de base, les termes "y exerçant normalement ses activités" désignent un employeur qui exerce généralement des

activités substantielles autres que des activités de pure administration interne sur le territoire de l'Etat membre dans lequel il est établi.

Ce point est déterminé en tenant compte de tous les facteurs caractérisant les activités de l'entreprise en question; les facteurs pertinents doivent être adaptés aux caractéristiques propres de chaque employeur et à la nature réelle des activités exercées. »

(26) Applicables depuis le 1^{er} mai 2010.

(27) Règlement 1408/71, article 14, 1° a).

(28) Règlement 883/2004 : Article 12 - Règles particulières :

1. La personne qui exerce une activité salariée dans un Etat 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 Etat membre, demeure soumise à la législation du premier Etat 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.

par conséquent les recrutements opérés dans le seul but de la mise à disposition. Elle vient conforter les interprétations défavorables de la CJUE qui, en dépit de la définition du travailleur détaché figurant à l'article 2, 1° de la directive 96/71 visant *"tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un État membre autre que l'État sur le territoire duquel il travaille habituellement"*, a condamné les États membres exigeant une durée contractuelle préalable au détachement (29).

B. Détachement et travail illégal

La proximité entre détachement et travail illégal est une constante. Dès 1999 le Conseil incluait le détachement parmi les formes de fraudes nécessitant de renforcer la coopération entre les autorités des États membres (30). La page dédiée au détachement du site internet de la commission européenne présente des rapports attestant de ce lien (31). De nombreux États membres tentent, par des accords bilatéraux de coopération, de renforcer les échanges permettant de lutter contre les dérives propres au détachement. Dans l'attente d'une plus grande efficacité de ces échanges, il n'est pas inutile de pouvoir s'appuyer sur un arsenal répressif national.

L'affaire des *"sexeurs de poussins chinois"* tranchée par la Cour de cassation le 8 juin 2010 (32) est une bonne illustration de l'efficacité de notre cadre juridique. Les faits sont symptomatiques des modes opératoires des filières organisées pour bénéficier pleinement des avantages de la libre prestation de services sur le territoire de l'UE.

En l'espèce, dix travailleurs indépendants chinois, trieurs de poussins, sont rémunérés par une société ICSO établie en Allemagne. Cette dernière est liée par un contrat de collaboration à la société ESAF établie en France, contrat organisant la mise à disposition des trieurs de poussins à la société ESAF. Un contrôle effectué par l'inspection du travail constate la présence de ces mêmes trieurs de poussins dans les locaux d'une société avicole installée dans le Gers, cliente de la société ESAF et l'absence d'autorisation de travail en France de ces travailleurs chinois.

La société ESAF, en tant que personne morale, et son dirigeant à titre personnel sont poursuivis au titre de trois infractions de travail illégal parmi les six répertoriées à l'article L. 8211-1 du Code du travail. Pourtant en l'espèce, la société destinataire de services invoquait fort justement la libre prestation de services sur le territoire de l'UE et son corollaire : aucune autorisation de travail ne peut être exigée pour l'emploi, dans le cadre d'une prestation de services, de travailleurs de ressortissants d'États tiers disposant régulièrement dans l'État d'envoi (en l'espèce en Allemagne) d'un titre de travail (en l'espèce un visa de travailleurs indépendants autorisés à exercer).

L'affaire est complexe en raison des montages juridiques et d'une apparence contractuelle conforme. Pour parvenir à disqualifier cette opération, la Cour caractérise le prêt de main d'œuvre interdit au titre de l'article L. 8241-1 CT (33). La société allemande n'exerçant pas en qualité d'entreprise de travail temporaire, la société ESAF invoque la possibilité de recourir à une main d'œuvre extérieure disposant d'un savoir faire et d'une technicité propre. Mais la Cour met en évidence l'identité d'objet social entre les sociétés ESAF et ICSO : le sexage de poussins. L'objet du contrat porte bien exclusivement sur la mise à disposition de main d'œuvre.

Le but lucratif du prêt de main d'œuvre est caractérisé puisque la société ESAF se rémunère en déduisant des sommes versées à la société allemande 15 % des prestations facturées à la société avicole française.

Dès lors les poursuites pour emploi de travailleurs étrangers non munis d'une autorisation de travail sont possibles. Le prêt de main d'œuvre étant caractérisé, les juges requalifient les relations entre la société ESAF et les travailleurs indépendants : les travailleurs n'exerçaient aucune activité indépendante de prestataires de services mais se trouvaient dans un lien de subordination à l'égard du prévenu, *"lequel organisait leur travail, les intégrait à ses propres équipes de salariés, leur fournissait le matériel nécessaire et assurait leur hébergement"*. Leur statut de salariés nécessitait une autorisation de travail en France. La Cour disqualifie l'opération : *"les ressortissants chinois employés par la société ESAF en exécution d'un prêt illicite de main-d'œuvre ne sauraient être considérés comme"*

(29) CJUE, 21 septembre 2006, C-168/04, *Commission c/ République d'Autriche* ; CJUE, 21 octobre 2004, C-445/03, *Commission c/ Grand Duché du Luxembourg* ; CJUE, 19 janvier 2006, C-244/04, *Commission c/ RFA*.

(30) Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des États membres du 22 avril 1999 relative à un code de conduite pour une meilleure coopération en matière de lutte contre la fraude transnationale aux prestations et aux cotisations de sécurité sociale et le travail non déclaré, et concernant la mise à disposition transnationale de travailleurs (1999/C-125/01).

(31) Cf. note 7, *op. cit.*

(32) Cass. Crim., 8 juin 2010, pourvoi n° 07-87289, publié au bulletin.

(33) L. 8241-1 CT : *"Toute opération à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre est interdite."*

Toutefois, ces dispositions ne s'appliquent pas aux opérations réalisées dans le cadre :

1° *Des dispositions du présent code relatives au travail temporaire, au portage salarial aux entreprises de travail à temps partagé et à l'exploitation d'une agence de mannequins lorsque celle-ci est exercée par une personne titulaire de la licence d'agence de mannequin ;*

2° *Des dispositions de l'article L. 222-3 du code du sport relatives aux associations ou sociétés sportives ;*

3° *Des dispositions des articles L. 2135-7 et L. 2135-8 du présent code relatives à la mise à disposition des salariés auprès des organisations syndicales ou des associations d'employeurs mentionnées à l'article L. 2231-1."*

des travailleurs temporaires détachés d'une entreprise établie dans un Etat de l'Union européenne pour effectuer sur le territoire national des prestations de services”.

Enfin, très logiquement, la restitution de la qualité de salariés aux faux travailleurs indépendants permet de caractériser la troisième infraction : les anciens articles L. 324-10 et suivants du Code du travail visaient à la fois la dissimulation d'activité et la dissimulation d'emploi salariés. Ces deux infractions relèvent aujourd'hui respectivement des articles L. 8221-3 et L. 8221-5 (34). Ce dernier permet de poursuivre tout employeur se soustrayant intentionnellement à l'accomplissement de la déclaration préalable à l'embauche ou de la remise d'un bulletin de paie. En l'espèce les faux travailleurs indépendants n'avaient été déclarés ni aux organismes de sécurité sociale ni à l'administration fiscale.

L'efficacité de l'édifice législatif repose sur l'interdiction des opérations à but lucratif ayant pour objet exclusif le prêt de main-d'œuvre. Elle protège les entreprises de travail temporaire d'une concurrence déloyale et autorise les requalifications nécessaires à la poursuite des autres infractions. Sans elle, il y a fort à parier que le détachement dans sa forme "générique" resterait protégé par la libre prestation de services.

Conclusion

A travers l'arrêt *Vicoplus*, la CJUE a fait sienne une approche départageant les formes de détachement pour en tirer des conséquences du point de vue de la marge de manœuvre accordée aux Etats membres. Elle rejoint partiellement la conception française : dans les deux ordres juridiques, la mise à disposition de travailleurs accessoire d'une prestation de services est validée comme bénéficiant pleinement des droits attachés à cette liberté économique. Elle relève du point a) du paragraphe 3 de l'article 1 de la directive et de l'alinéa 1 de l'article L. 1262-1 du Code du travail.

La mise à disposition, objet d'une prestation de services, conférant à l'entreprise utilisatrice un pouvoir de direction et de contrôle sur le salarié détaché relève du point c) du paragraphe 3 de l'article 1^{er} de la directive et de l'article L. 1262-2 du Code du travail qui ne vise que

l'entreprise exerçant une activité de travail temporaire établie hors du territoire national détachant temporairement des salariés auprès d'une entreprise utilisatrice établie ou exerçant sur le territoire national.

Dans ce dernier cas de figure, la CJUE pourrait admettre des mesures nationales portant atteinte à la libre prestation de services s'il s'avérait que les mouvements de main d'œuvre au titre de la mise à disposition perturbent le marché du travail de l'Etat d'accueil, notamment du fait d'une législation sociale mal armée pour contrer le dumping social lié aux différences salariales. L'Etat d'accueil pourrait alors invoquer une raison impérieuse d'intérêt général sous réserve de démontrer que les mesures soient propres à garantir la réalisation de l'objectif qu'elles poursuivent et qu'elles n'aillent pas au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre. Chacun sait que la marge de manœuvre est étroite et ne pourrait être invoquée qu'en appuyant la démonstration sur de solides arguments.

La législation française constitue pour l'heure un rempart plus solide : elle ne protège que l'utilisateur des services d'une entreprise de travail temporaire et celui faisant appel à une mise à disposition de salariés effectuée par une entreprise prestataire dotée d'un savoir faire faisant défaut au sein de l'entreprise destinataire. A défaut, l'opération tombe sous le coup du prêt de main d'œuvre à but lucratif au titre de L. 8241-1 et des infractions associées qui pourraient en découler.

La construction jurisprudentielle est bien établie et le plan national de lutte contre le travail illégal (2010-2011) ayant désigné les fraudes au détachement dans le cadre de prestations de services transnationales comme l'un des quatre axes majeurs d'infraction devrait la conforter. Il faut toutefois espérer que les travaux conduisant à la nécessité de clarifier l'opération de prêt de main d'œuvre ne viennent pas ruiner l'arme essentielle de notre dispositif répressif.

Il reste également à améliorer l'information des acteurs impliqués ou confrontés à des opérations de détachement tant les règles sont complexes et mal connues (35)

Fabienne Muller

(34) Article L. 8221-5 : "Est réputé travail dissimulé par dissimulation d'emploi salarié le fait pour tout employeur :
1° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 1221-10, relatif à la déclaration préalable à l'embauche ;
2° Soit de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement de la formalité prévue à l'article L. 3243-2, relatif à la délivrance d'un bulletin de paie, ou de mentionner sur ce dernier un nombre d'heures de travail inférieur à celui réellement accompli, si cette mention ne résulte pas d'une convention ou d'un accord collectif d'aménagement du temps de travail conclu en application du titre II du livre 1^{er} de la troisième partie."

(35) Voir le rapport remis à la Commission européenne : "L'information délivrée en matière de détachement de travailleurs" qui met en évidence le déficit des informations fournies par les sites internet des administrations publiques; le rapport est accessible sur la page détachement du site de la DG Emploi, Affaires sociales et Inclusion de la Commission européenne, <http://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471&langId=fr>
Pour améliorer l'information des acteurs sur les règles applicables en France, voir le guide en ligne sur le site de la Direccte Alsace : <http://www.travail-emploi-sante.gouv.fr/regions,586/directe-alsace,620/le-pole-t-travail,1813/guide-pour-le-detachement-de,13112.html>