



HAL
open science

La mobilité transfrontalière des faux travailleurs indépendants: une absence de cadre juridique doublée d'une protection presque sans faille des droits économiques

Fabienne Muller

► To cite this version:

Fabienne Muller. La mobilité transfrontalière des faux travailleurs indépendants: une absence de cadre juridique doublée d'une protection presque sans faille des droits économiques. Conférence 29 et 30 Avril 2013 - Faculty of Industrial Relations, Santiago de Compostela, Espagne, Apr 2013, Santiago de Compostela, Espagne. hal-02111288

HAL Id: hal-02111288

<https://hal.science/hal-02111288>

Submitted on 15 Nov 2021

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

La mobilité transfrontalière des faux travailleurs indépendants: une absence de cadre juridique doublée d'une protection presque sans faille des droits économiques

Fabienne Muller

Introduction

Le phénomène des "nouveaux travailleurs indépendants" ou des "faux travailleurs indépendants" (tout dépend de quel point de vue on se place) n'est pas récent et de nombreuses études leur ont été consacrées¹ dans le passé. Le rapport de Y. Jorens réalisé pour le compte des partenaires sociaux européens de la construction "*Travail indépendant et faux travail indépendant dans le secteur de la construction*"² présentait en 2008 un panorama des pratiques en Europe et mettait en évidence les facteurs ayant conduit les nouveaux Etats membres à favoriser le développement du travail indépendant.

Cinq ans plus tard, force est de constater que le phénomène prend de l'ampleur: la mobilité intra européenne des travailleurs indépendants est à la hauteur de la demande des "clients": travailleurs indépendants roumains dans les abattoirs en Allemagne³, travailleurs indépendants bulgares et roumains massivement présents dans l'industrie automobile en Belgique, travailleurs autonomes espagnols dans le secteur agricole en France.....les contrats d'entreprises liant clients et prestataires étrangers tendent à remplacer les contrats de travail et concurrencent même les contrats d'intérim. La transposition de la directive intérim semble avoir parfois entraîné des effets pervers: en imposant une égalité de traitement entre intérimaires et salariés permanents de l'utilisateur, la directive a renchéri le coût du travailleur temporaire; ainsi la stratégie des entreprises en Allemagne peut consister désormais à contourner les règles de l'intérim par le recours massif aux contrats d'entreprise⁴. La crise qui sévit dans toute l'UE, voit fleurir des pratiques d'un autre âge: des travailleurs indépendants exerçant dans des conditions de travail très dégradées⁵, en échange de rémunérations largement inférieures aux montants moyens en vigueur dans l'Etat d'accueil et subissant des atteintes à la dignité⁶. L'Allemagne est particulièrement montrée du doigt pour tolérer ces formes d'esclavage moderne sur

1 A. Supiot, Transformation of labour and future of labour law in Europe, report to the European commission, juin 1998; A Perulli, Travail économiquement dépendant / parasubordination: les aspects juridiques, sociales et économiques, rapport à la DG Emploi affaires sociale, Commission Européenne, 2003; K Schulze Buschoff et C. Schmidt, Adapting labour law and social security to the needs of the "new self-employed" – Comparing European countries and initiatives at EU level, WZB 2007

² Travail indépendant et faux travail indépendant dans le secteur de la construction, Partie 1 synthèse d'une étude comparative et Partie 2 rapports nationaux, 2008, accessibles sur le site <http://www.efbww.org/default.asp?Issue=Self-employment%20and%20Bogus%20Self-employment&Language=FR>

³ Voir l'interview http://www.rtf.be/video/detail_dumping-social-en-allemande-la-belgique-porte-plainte?id=1808281

⁴ Lenz Jacobsen, Malte Buhse, Schlechter bezahlt als Leiharbeit; Mieses Geschäft mit Werkverträgen, Spiegel online, 26 fev.2013

⁵ Exemple de travailleurs roumains, utilisés comme travailleurs indépendants dans le secteur de la construction en Allemagne: http://www.sr-online.de/sronline/nachrichten/politik_wirtschaft/bostalsee_rumaenen_vorwuerfe100.html

⁶ Les conditions de travail dans les abattoirs en Allemagne sont particulièrement dénoncées <http://www.ndr.de/regional/niedersachsen/oldenburg/fleischindustrie103.html>

son territoire⁷. Jugeant ces pratiques inadmissibles, la Belgique a porté plainte en mars 2013 auprès de la commission européenne au motif que l'Allemagne encourage ainsi une concurrence déloyale conduisant à la mort des filières équivalentes dans les Etats voisins⁸.

Les faux travailleurs indépendants sont une forme de dumping social et leur succès s'explique par un ensemble de facteurs concomitants.

I. L'attractivité du statut de "faux" travailleur indépendant

Le soutien à la création d'entreprises est sans conteste à mettre sur le compte du développement du marché intérieur et des libertés économiques qu'il tend à promouvoir: liberté d'établissement et libre prestation de services. Les portails développés par les instances européennes témoignent d'une réalité : encourager la création⁹, le développement d'entreprises, faciliter la fourniture de services transfrontalière¹⁰, alléger les charges administratives et en chiffrer les économies¹¹. Les sites développés par les administrations publiques nationales soulignent la capacité de leur réglementation à permettre la création d'une entreprise en quelques clics¹². L'établissement d'un travailleur indépendant est devenu particulièrement aisé et le principe de liberté a pris le pas sur les principes visant à encadrer l'enregistrement des entreprises. La DG Marché intérieur de la Commission lance actuellement une consultation sur les transferts transfrontaliers des sièges statutaires des entreprises en posant des questions décapantes pour le juriste cherchant à cerner la fraude à l'établissement. Pas une seule question ne se réfère à un choix qui serait dicté par des considérations économiques¹³!

Le second facteur expliquant l'essor des travailleurs indépendants repose sur les conditions imposées aux ressortissants des nouveaux Etats membres. Les restrictions d'accès aux marchés du travail imposées par certains Etats membres ont

⁷ Voir les sites <http://www.faire-mobilitaet.de> pour l'Allemagne ou le site développé par la filière française de la viande pour dénoncer le dumping pratiqué par l'Allemagne: <http://www.stop-dumping-social-europe.org/>

⁸ http://www.rtf.be/video/detail_dumping-social-en-allemande-la-belgique-porte-plainte?id=1808281

⁹ [Portail européen sur la création d'entreprise](#)

¹⁰ Portail permettant d'accéder aux [guichets uniques](#) destinés aux prestataires de services dans chaque Etat membre

¹¹ COM(2007) 23 "Action Programme for Reducing Administrative Burdens in the European Union"

¹² <http://www.portaldaempresa.pt/CVE/pt/Criacao/criarempresa/constituirempresaonline/>

¹³ La consultation en ligne du 14 janv. au 17 avr. 2013 sur les transferts transfrontaliers des sièges statutaires des entreprises visait à "recueillir des informations plus détaillées sur les coûts supportés actuellement par les entreprises qui transfèrent leur siège statutaire à l'étranger et sur les différents avantages que pourrait offrir le plan d'action européen sur de tels transferts transfrontaliers. Les réponses seront prises en compte dans l'évaluation de la nécessité et de l'impact d'un éventuel nouvel instrument."

Illustration avec la question 1-7 du questionnaire pdf ainsi libellée : "*Quelle est la principale motivation des entreprises qui transfèrent leur siège statutaire à l'étranger?(vous pouvez choisir plusieurs réponses)* (obligatoire)*

- droit des sociétés avantageux
- régime d'insolvabilité avantageux
- contexte favorable aux entreprises
- régime fiscal avantageux
- allègement fiscal
- régime social avantageux
- cadre juridique stable
- autres"

encouragé l'usage de la libre prestation de services transfrontalière pendant la période transitoire suivant l'adhésion des nouveaux Etats membres. Cette explication reste valable à ce jour pour les travailleurs roumains et bulgares et croates¹⁴.

Enfin non seulement la qualité de travailleur indépendant permet de contourner les restrictions quant à l'accès au marché du travail des Etats membres ayant usé de cette faculté mais elle permet également d'échapper aux contraintes issues de la réglementation sociale de l'Etat hôte: un travailleur indépendant détaché n'est pas soumis au respect des règles issues de la transposition de la directive détachement. Il n'est pas salarié et son statut lui permet de fixer librement le prix de sa prestation, son temps de travail, les mesures garantissant sa sécurité. Assuré dans son Etat d'origine, il bénéficie le plus souvent d'un régime de protection sociale moins coûteux que celui en vigueur dans l'Etat d'exécution de la prestation de travail. En prenant l'exemple d'un travailleur bulgare assuré comme artisan indépendant dans son pays et en le comparant à un artisan assuré en France, il ressort qu'à revenu mensuel égal de 2000€, le premier est mal couvert¹⁵ pour un coût total mensuel de 346€ et le second est mieux couvert mais au tarif de 1081€¹⁶.

La mobilité des faux travailleurs indépendants concurrence le détachement de salariés et menace **seulement** le modèle social des Etats d'accueil. Elle tend également à confiner les Etats d'envoi dans leurs rôles de réservoir de main d'œuvre non qualifiée. L'ampleur du phénomène n'est pas mesurable en raison de la suppression des barrières permettant le décompte des déplacements des travailleurs indépendants. Mais il semble être conséquent dans certains Etats membres. En Roumanie il semblerait que les entreprises autochtones soient déjà confrontées à une pénurie de main d'œuvre, les travailleurs nationaux préférant partir à l'étranger comme travailleurs indépendants via des filières organisées de fourniture de main d'œuvre. Cet état de fait a deux conséquences néfastes : les entreprises ne seraient plus en mesure de répondre à des appels d'offre à l'étranger nécessitant de la main d'œuvre et elles mettent en cause les entreprises clientes qui privilégient les travailleurs indépendants au détriment des contrats de sous traitance avec détachement de travailleurs salariés en bonne et due forme. Cette pénurie de main d'œuvre entraîne un désengagement croissant des entreprises nationales dans le champ de la formation continue des personnels et entretient ainsi l'appauvrissement continu des salariés des nouveaux Etats membres qui alimentent le réservoir de main d'œuvre non qualifiée dans lequel les Etats de la vieille Europe viennent puiser au gré de leurs grands chantiers.

Ce panorama conduit à une interrogation: le droit européen fournit il un cadre juridique pour contrer ces flux de "faux" travailleurs indépendants ou se contente t il de reporter la tâche sur les Etats membres (II). Dans ce dernier cas sont ils libres des modalités de contrôle du phénomène (III)?

¹⁴ Les ressortissants roumains et bulgares supportent encore des restrictions dans 8 Etats membres et en Espagne par l'application d'une clause de sauvegarde spécifique.

¹⁵ Les travailleurs indépendants ne sont tenus de s'assurer que pour les risques vieillesse, invalidité, décès et prestations en nature de l'assurance maladie.

¹⁶ Les calculs pour la Bulgarie ont été réalisés à partir des données fournies par le CLEISS, sur la base du minimum du pour un artisan non débutant ; ceux pour la France ont été effectués à partir des données fournies par le RSI

II. Quelle contribution du droit de l'UE à la clarification des catégories de travailleurs salariés et de travailleurs indépendants mobiles?

Le droit de l'UE permet-il de soutenir l'action des Etats membres dans le champ de la lutte contre la fraude et l'usage abusif de la qualification de travailleur indépendant? La notion de "travailleurs" visés aux articles 45 et suivants du TFUE n'est pas définie. L'article 48 TFUE prévoit, dans le domaine de la sécurité sociale, la mise en œuvre des *"mesures nécessaires pour l'établissement de la libre circulation des travailleurs"* en distinguant les *"travailleurs migrants salariés et non salariés"*. Parallèlement les articles 56 et suivants du TFUE garantissent la libre prestation de services, une liberté économique qui s'adresse tout particulièrement aux travailleurs indépendants, personnes physiques immatriculées agissant en qualité de prestataires. Etonnamment ces articles, qui ont pourtant généré un important contentieux¹⁷, n'ont pas fait l'objet de décisions relatives à un usage abusif de cette liberté économique par des personnes endossant illégalement la qualité de travailleur indépendant. Ce sont plus souvent les règles nationales de contrôle qui sont mises en cause au motif qu'elles entravent la libre prestation de services.

Il convient donc de vérifier si le droit dérivé relatif à l'exécution temporaire d'une prestation de services dans un autre Etat membre fournit des indications quant aux caractéristiques de l'activité de travailleur indépendant. Trois catégories d'instruments libèrent et encadrent la prestation de services: la directive 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, la directive 96/71 relative au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services et les règlements 883/2004¹⁸ et 987/2009¹⁹ déterminant les règles d'affiliation aux régimes de sécurité sociale des travailleurs migrants.

A. La directive services n'affecte pas le droit social des Etats membres

La directive services vise à libérer l'activité du prestataire défini comme *"toute personne physique ressortissante d'un Etat membre, ou toute personne morale visée à l'article 48 du traité et établie dans un Etat membre, qui offre ou fournit un service"*²⁰, ce dernier étant lui-même défini comme *" toute activité économique non salariée, exercée normalement contre rémunération, visée à l'article 50 du traité"*²¹. De ces définitions il découle que le travailleur indépendant fournit un service contre rémunération à un client/destinataire. Il est défini par opposition au salarié.

Il convient toutefois de rappeler que l'article 1 §6° prend un soin tout particulier pour définir les liens entretenus par la directive services avec le droit du travail et de la sécurité sociale des Etats membres: *"La présente directive ne s'applique pas au droit du travail, à savoir les dispositions légales ou contractuelles concernant les*

¹⁷ Voir le guide de la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE relative aux articles 56 et s. du TFUE, La libre prestation des services, Commission européenne, 8 mars 2011.

¹⁸ Règlement (CE) n°883/2004 du Parlement Européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale

¹⁹ Règlement (CE) n°987/2009 du Parlement Européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale

²⁰ Article 4, 2° de la directive 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur

²¹ Article 4,1° de la directive 2006/123 du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur

conditions d'emploi, les conditions de travail, y compris la santé et la sécurité au travail, et les relations entre les employeurs et les travailleurs, que les États membres appliquent conformément à leur législation nationale respectant le droit communautaire. Elle n'affecte pas non plus la législation des États membres en matière de sécurité sociale". La directive services n'affecte donc pas la définition du travailleur indépendant qui découlerait des dispositions nationales définissant le travail salarié. Le droit français permet d'illustrer les bénéfices potentiels de cet article. Le code du travail ne définit pas le salarié, tâche qui relève de l'office des juges mais il est très étoffé sur le volet "travail illégal". Dans ce cadre il définit les conditions permettant de bénéficier de la présomption de travail indépendant mais permet également la requalification du contrat de prestation de services en contrat de travail *"lorsque les personnes mentionnées au I [personnes physiques présumées exercer en tant que travailleurs indépendants] fournissent directement ou par une personne interposée des prestations à un donneur d'ordre dans des conditions qui les placent dans un lien de subordination juridique permanente à l'égard de celui-ci"*²².

La directive préserve donc la capacité des législations nationales à déterminer les conditions d'exercice du travailleur salarié et ses frontières extérieures. Par conséquent rien n'interdit à un Etat membre de mettre en œuvre une législation visant à sanctionner les contournements des règles sociales applicables entre employeurs et salariés.

B. Le travailleur détaché : un statut à la merci de l'Etat d'envoi ou de l'Etat d'accueil?

Le détachement des travailleurs est régi d'une part, par la directive 96/71 dont l'objet est de promouvoir la prestation de services dans un cadre transnational en garantissant *"une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs"*²³ et d'autre part par les Règlements 883/2004 et 987/2009 qui définissent les conditions du maintien au régime de sécurité sociale de l'Etat d'envoi.

Les dispositions de la directive visent clairement les salariés en réservant le détachement aux situations dans lesquelles *" il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement"*²⁴ : cette condition est répétée à l'identique que le salarié soit détaché dans le cadre d'un contrat de prestation de services, d'une mobilité intra groupe ou d'une mise à disposition/prêt de main d'œuvre. La directive se garde bien de définir le travailleur détaché et donne au contraire pleine compétence aux Etats membres sur le territoire desquels le travailleur est détaché: *"Aux fins de la présente directive, la notion de travailleur est celle qui est d'application dans le droit de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché"*²⁵.

On pourrait donc penser que les institutions de l'Etat d'exécution de la prestation de travail ont toute latitude pour requalifier une relation de travail qui, certes du point de

²² L8221-6 code du travail

²³ Considérant 5 de la Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services

²⁴ Art.1 ,3°, a) de la directive 96/71/CE précitée

²⁵ Article 2. 2° de la directive 96/71/CE précitée

vue de la législation de l'Etat d'origine est légale, mais qui, du point de vue de l'Etat hôte, constitue une fraude. Or dans la pratique les corps de contrôle se heurtent à plusieurs difficultés.

La première difficulté tient au fait que les travailleurs indépendants échappent au champ d'action des inspecteurs du travail dont la compétence est souvent limitée aux relations employeurs-salariés. Les inspecteurs du travail peuvent donc hésiter à s'immiscer dans une relation apparemment commerciale liant le client et le travailleur indépendant. Chercher à établir la qualification de faux travailleurs indépendants suppose de contrarier le statut accordé en vertu de la législation de l'Etat d'origine du travailleur. Or chaque Etat membre définit ce qu'il convient de ranger dans la catégorie des salariés, des travailleurs indépendants et parfois dans la catégorie intermédiaire entre les deux. Les travailleurs autonomes économiquement dépendants du droit espagnol²⁶, les *workers* anglais²⁷, les travailleurs polonais sous contrat civil²⁸ sont autant de catégories désarmantes pour ceux qui évoluent dans un cadre juridique sans zone grise entre les figures du travail salarié et celles du travail indépendant. Les distinctions établies par les législations nationales sont renforcées par le pouvoir donné ou refusé aux juges de requalifier les relations de travail au vu de la réalité effective des conditions d'exécution du travail. L'absence ou la présence de règles légales permettant de disqualifier ces opérations est décisive. Elles justifient les investigations des corps de contrôle pour démontrer, sur la base de la législation nationale, l'existence d'un abus quant à l'usage du statut de travailleurs indépendants en recueillant des indices nécessaires à la requalification²⁹.

La seconde difficulté découle de la législation applicable en matière de sécurité sociale. Le règlement 883/2004 présente la particularité d'envisager la situation de *"la personne qui exerce une activité salariée"* détachée par son employeur et *"la personne qui exerce normalement une activité non salariée dans un État membre et qui part effectuer une activité semblable dans un autre État membre"*³⁰. L'article 14 §3 du Règlement d'application peut être considéré comme participant au respect des conditions de fond de la libre prestation de services lorsqu'il précise que le travailleur non salarié *"qui exerce normalement une activité non salariée"* est *"une personne qui*

²⁶ F. Valdés Dal-Ré, O. Leclerc, Les nouvelles frontières du travail indépendant. A propos du Statut du travail autonome espagnol, Revue de droit du travail 2008 p. 296

²⁷ O. Leclerc, T. Pasquier, la dépendance économique en droit du travail: éclairages en droit français et en droit compare, 1ere partie, Revue de droit du travail 2010 p. 83

²⁸ Jakub Lewandowski, LAWARDS Sulej & Wójcik, Forms of employment in Poland, p8, site: www.paiz.gov.pl > Home > POLISH LAW -

²⁹ Exemple en droit français: rémunérations trop faibles pour permettre un exercice légal, absence d'outillage propre, absence de savoir faire, contrôle exercé par la hiérarchie du client, intégration dans un service organisé, etc...

³⁰Règlement (CE) n°883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale - Article 12 Règles particulières

1. La personne qui exerce une activité salariée dans un État 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 État membre, demeure soumise à la législation du premier État membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas vingt-quatre mois et que cette personne ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne détachée.

2. La personne qui exerce normalement une activité non salariée dans un État membre et qui part effectuer une activité semblable dans un autre État membre demeure soumise à la législation du premier État membre, à condition que la durée prévisible de cette activité n'excède pas vingt-quatre mois.

exerce habituellement des activités substantielles sur le territoire de l'État membre dans lequel elle est établie. Elle doit en particulier avoir déjà exercé son activité pendant un certain temps avant la date à laquelle elle souhaite bénéficier des dispositions dudit article et elle doit, pendant toute période d'activité temporaire dans un autre État membre, continuer à remplir dans l'État membre où elle est établie les conditions pour la poursuite de son activité de manière à pouvoir reprendre celle-ci à son retour". Cette règle devrait conditionner le maintien de l'affiliation à la législation de sécurité sociale de l'Etat d'origine qui constitue, comme on l'a vu, un avantage concurrentiel substantiel. Ces conditions devraient, si elles étaient respectées, interdire les trafics de main d'œuvre caractérisés par des travailleurs à la recherche d'un emploi, acheminés vers des donneurs d'ordre par des intermédiaires. Ces derniers gèrent pour leur compte les démarches administratives leur permettant d'accéder au statut de travailleur indépendant auto détaché.

En réalité certaines institutions des Etats d'établissement délivrent le certificat A1 attestant du maintien au régime de sécurité sociale sans vérifier les conditions précitées. Or ce certificat a valeur probante pour les autorités de contrôle de l'Etat d'accueil; si elles entendent remettre en cause son affiliation en qualité de travailleur indépendant, il leur faudra en demander le retrait aux institutions de l'Etat d'envoi³¹. Ces dernières peuvent considérer qu'il n'y a pas à leurs yeux et selon leur législation une fraude justifiant le retrait ou ignorer la demande en dépit de leur devoir de coopération³² d'autant qu'elle agissent dans un contexte favorable à la création et au développement des entreprises et qu'elles peuvent être tentées de ne pas contrarier les entreprises détenues par des ressortissants nationaux.

Conclusion

La problématique de la mobilité des faux travailleurs indépendants n'est pas nouvelle. Dès 2006 le Parlement européen constatait *"qu'une indépendance factice est la stratégie la plus couramment employée par les entreprises pour tourner les normes prévues à l'article 3, paragraphe 1^{er}"* de directive détachement et appelait la Commission européenne à *"engager d'urgence des négociations avec les États membres, dans le but d'instaurer des critères transparents et cohérents pour la détermination du statut des «travailleurs» et des «indépendants» au regard du droit du travail"*³³. Se référant au rapport Perulli, le PE invitait à établir *"une claire distinction de statut entre les «entrepreneurs», d'une part, qui traitent d'affaires économiquement indépendantes en travaillant pour plusieurs entreprises mutuellement indépendantes, et les «travailleurs», d'autre part, qui travaillent dans une dépendance de fait, aussi bien organisationnelle qu'économique, sous surveillance et contre rémunération"*. Cet appel reste aujourd'hui d'actualité, le renvoi à la législation des Etats membres n'étant de toute évidence pas à la hauteur des enjeux. Les députés européens n'ont pas vraiment saisi cette préoccupation : les amendements au projet de directive d'exécution de la directive détachement³⁴ et plus particulièrement ceux relatifs à l'article 3 traitant des abus et contournements se

³¹ Article 5, Règlement (CE) n°987/2009 , op cit

³² Article 76, Règlement (CE) n°883/2004, op cit

³³ Résolution du Parlement européen sur l'application de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs (2006/2038(INI))

³⁴ Proposition de directive relative à l'exécution de la directive 96/71/ce concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services - COM(2012) 131

contentent de préciser que les Etats membres doivent s'assurer, conformément à leur législation et pratiques nationales que le salarié détaché n'est pas abusivement déclaré comme un travailleur indépendant.

III. L'exercice des compétences nationales sous haute surveillance

Les développements précédents ont permis de constater que la marge de manœuvre des Etats membres semble préservée: la directive services préserve la compétence des législations nationales pour définir "*les relations entre les employeurs et les travailleurs*" et par voie de conséquence les situations dans lesquelles il est permis de disqualifier le travailleur indépendant au vu des conditions d'exécution de la prestation de travail. Par ailleurs cette compétence est également préservée du point de vue du droit du travail. C'est à l'Etat hôte qu'il revient d'apprécier si les conditions du détachement d'un salarié sont réunies et à défaut de requalifier éventuellement le contrat de prestation de service d'un prestataire étranger agissant sur son territoire en contrat de travail.

Mais les compétences dévolues aux Etats doivent être exercées conformément au droit communautaire et plus précisément aux libertés économiques garanties par les traités. L'essentiel des litiges portés devant la CJUE vise à obtenir la censure des mesures nationales dont l'objet est d'assainir certaines pratiques et d'en permettre le contrôle. Peu de décisions concernent spécifiquement l'usage de la libre prestation de services par des entreprises individuelles et à chaque fois les mesures nationales de contrôle ont été considérées comme portant atteinte à la libre prestation de services garantie par les traités. Toutefois la Cour vient d'admettre un nouveau motif d'intérêt général qui serait susceptible de justifier des mesures portant atteinte aux libertés économiques précitées. Il reste à en vérifier l'effectivité tant les conditions d'application de ces entraves légitimes sont difficiles à réunir.

A. Des entraves qui pourraient être validées au titre de la prévention de la concurrence déloyale et du dumping social

Les réglementations nationales mises en cause dans les litiges étaient destinées à assainir l'exercice de certaines professions ou à identifier l'arrivée sur le territoire national de prestataires de service étrangers. Ainsi la France a-t-elle imposé une présomption de salariat pour les artistes de spectacles en invoquant des motifs d'intérêt général liés à la protection sociale des artistes et à la lutte contre le travail dissimulé³⁵. La Grèce a, elle aussi, imposé le cadre juridique du contrat de travail aux guides touristiques en invoquant la nécessité de prévenir les conflits permanents entre guides touristiques et bureaux de tourisme et de voyages³⁶. Le dernier contentieux concerne la Belgique qui a mis en œuvre un dispositif visant à soumettre les travailleurs indépendants aux mêmes contraintes que les entreprises détachant du personnel : déclarer leur prestation de services sur le territoire belge via un portail permettant d'effectuer l'ensemble des formalités en ligne. Parmi les différentes raisons mises en avant, la Belgique indique que le système doit permettre, en particulier, de lutter contre le phénomène des faux indépendants et, plus précisément, les manœuvres frauduleuses de contournement des normes

³⁵ CJCE 15 juin 2006, C-255/04, Commission c/ République Française, point 35

³⁶ CJCE 5 juin 1997, C-398/95, Symvoulia Epikrateias

minimales de la directive 96/71 en matière de protection sociale consistant à présenter des travailleurs détachés comme indépendants.

Aucune de ces mesures n'a trouvé grâce aux yeux de la CJUE. Elle estime que la présomption de salariat imposée aux artistes constitue un *"inconvenient de nature à gêner leurs activités en tant que prestataires. Afin d'éviter que leur contrat ne soit qualifié de contrat de travail, ce qui impliquerait des coûts supplémentaires en raison de l'obligation de payer, en France, des cotisations ou contributions dues au titre de l'affiliation au régime de la sécurité sociale des travailleurs salariés, ainsi que la soumission au régime des congés payés, ils doivent prouver qu'ils n'agissent pas dans le cadre d'un travail subordonné, mais, au contraire, à titre indépendant. Ainsi, la présomption de salariat en cause est de nature à décourager, d'une part, les artistes en question de fournir leurs services en France et, d'autre part, les organisateurs de spectacles français d'engager de tels artistes"*³⁷. La réglementation grecque constitue pareillement une entrave à la liberté des guides touristiques qui sont originaires d'autres États membres de fournir de tels services à titre indépendant.³⁸

L'obligation imposée aux travailleurs indépendants de procéder à une déclaration préalablement à l'exercice de leur prestation sur le territoire de la Belgique est considérée comme constituant a priori une entrave³⁹. Mais les conclusions de l'avocat général vont d'emblée présenter les enjeux: *"il s'agira, plus précisément, de prendre en considération le fait que la situation réelle des travailleurs indépendants peut en tant que telle, et dans certaines circonstances, cacher des situations non moins dignes de protection que celle des travailleurs salariés, notamment celle des «travailleurs autonomes économiquement dépendants», parfois également qualifiés de «travailleurs indépendants économiquement subordonnés» ou de «travailleurs parasubordonnés», mais également de prendre en considération des phénomènes plus irréguliers tels que, typiquement, celui des «faux indépendants»"*⁴⁰.

Partant du constat que *"la matière relative à la prestation de services transfrontalière effectuée par des travailleurs indépendants"* n'est pas, à ce jour, harmonisée au niveau de l'Union, la CJUE rappelle une jurisprudence constante: la mesure, en dépit de son effet restrictif pour la libre prestation des services, pourrait *"être justifiée pour autant qu'elle répond à une exigence impérieuse d'intérêt général et que cet intérêt n'est pas déjà sauvegardé par les règles auxquelles le prestataire est soumis dans l'État membre où il est établi, qu'elle est propre à garantir la réalisation de l'objectif qu'elle poursuit et qu'elle ne va pas au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre celui-ci"*⁴¹

Dans le champ du droit social, la CJUE a validé jusqu'à présent deux objectifs légitimes susceptibles de justifier des restrictions à la libre prestation de services:

- la protection du travailleur dont la protection sociale du travailleur

³⁷ CJUE 15 juin 2006, C-255/04, Commission c/ République Française, point 38

³⁸ CJCE 5 juin 1997, C-398/95, Symvoulio Epikrateias, point 18

³⁹ CJUE 19 déc. 2012, C-577/10, Commission c/ Belgique, point 40

⁴⁰ Conclusions de l'avocat général Pedro Cruz Villalón, 19 juillet 2012 dans l'affaire C-577/10, point 4

⁴¹ CJUE 19 déc. 2012, C-577/10, point 44

- l'équilibre financier de la sécurité sociale

Mais dans son arrêt du 19 décembre 2012, la Cour reconnaît pour la première fois que la lutte contre la fraude sociale puisse constituer un objectif légitime.

*"il suffit d'indiquer que l'objectif de lutte contre la fraude, notamment sociale, et de prévention des abus, en particulier la détection des cas de faux indépendants et la lutte contre le travail dissimulé, peut se rattacher non seulement à l'objectif de protection de l'équilibre financier des régimes de sécurité sociale, mais également aux objectifs de prévention de la concurrence déloyale et du dumping social ainsi que de protection des travailleurs, y compris des prestataires de services indépendants."*⁴²

La lutte contre la concurrence déloyale et le dumping social devient donc un objectif légitime susceptible de justifier une restriction à une liberté économique. Les arguments du gouvernement belge ont donc porté: il faisait valoir la nécessité de contrôler et détecter les *"cas de fraude, en l'occurrence la fraude à la loi sociale, et notamment le travail dissimulé ainsi que l'existence de faux indépendants"*. Il mettait également en avant *"l'objectif de protection des travailleurs, y compris la lutte contre la traite des êtres humains et les conditions de travail particulièrement abusives ainsi que la nécessité de veiller au bien-être des travailleurs indépendants"*.

B. De belles intentions échouées sur les tests de proportionnalité

L'élargissement du périmètre des raisons impérieuses d'intérêt général ouvre de nouvelles perspectives mais, dans le champ des atteintes à la libre prestation de services, rares sont les restrictions qui passent avec succès le test de la proportionnalité. En effet le fait que la mesure puisse relever d'une raison impérieuse d'intérêt général ne suffit pas à la légitimer. L'Etat qui la défend doit encore justifier de son utilité effective et de sa proportionnalité au but recherché. A ce stade, la CJUE censure bien souvent les mesures issues de la législation nationale et suggère des mesures moins restrictives et, selon elle, aussi efficaces⁴³.

La CJUE a toujours été allergique aux mesures reposant sur une présomption générale de fraude et justifiant une mesure qui porte atteinte aux objectifs du TFUE⁴⁴. La Cour a ainsi écarté la présomption de salariat imposée aux artistes de spectacles et justifiée par l'objectif de lutte contre le travail dissimulé. Elle a considéré que les conditions d'exercice de la profession ne permettent pas de *"fonder un soupçon général de travail dissimulé"*. *"Il en est d'autant plus ainsi que les artistes en question sont reconnus comme prestataires de services établis dans leur État membre d'origine où ils fournissent habituellement des services analogues"*. La Cour suggère par conséquent *"d'instaurer un régime de contrôle a posteriori accompagné de sanctions dissuasives pour éviter et identifier des cas individuels d'utilisation de faux statuts d'amateur ou de bénévole pour lutter efficacement contre le travail dissimulé"*⁴⁵. Or chacun sait qu'en matière de services transfrontaliers, les

⁴² CJUE 19 déc. 2012, C-577/10, point 45

⁴³ A titre d'exemples: CJUE, 19 juin 2008 C-319/06, Commission c/ Luxembourg, point 90; CJUE, 21 septembre 2006, C-168/04, Commission c/ Autriche, point 52; CJUE, 19/01/2006, C-244/04, Commission c/ RFA, point 41

⁴⁴ Op cit, point 53

⁴⁵ CJUE 15 juin 2006, C-255/04, Commission c/ République Française, point 53

contrôles a posteriori sont inefficaces: le temps que la coopération entre Etats membres ait produit des résultats, les prestataires ont quitté le territoire. Or les autorités de l'Etat d'exécution de la prestation de travail n'ont pas de légitimité en dehors de leurs frontières et celle de l'Etat d'établissement, en supposant qu'elles coopèrent, n'ont pas compétence pour faire appliquer les règles d'un Etat tiers.....

La déclaration préalable exigée des travailleurs indépendants intervenant en Belgique va connaître le même sort. Le fait que le dispositif repose sur *"une présomption générale de fraude ne saurait suffire à justifier une mesure qui porte atteinte aux objectifs du traité FUE"*. La Cour invalide les informations exigées par la déclaration préalable, jugées trop détaillées : *"Cependant, le Royaume de Belgique reste en défaut de justifier de manière suffisamment convaincante en quoi la communication de ces informations très détaillées est nécessaire pour atteindre les objectifs d'intérêt général qu'il invoque et en quoi l'obligation de communiquer de manière préalable de telles informations ne dépasse pas les limites de ce qui est nécessaire afin d'atteindre ces objectifs, alors qu'il lui appartenait pourtant de le faire"*.

Les informations n'étaient pourtant pas aussi complexes que l'arrêt le suggère ; elles visaient à identifier le prestataire, le lieu d'exécution de la prestation de services, le client bénéficiaire, la date d'intervention, autant de données nécessaires à un éventuel contrôle par les services habilités. La Belgique est par ailleurs l'un des rares Etats à permettre la réalisation de ces obligations via un portail internet dédié permettant de saisir les données en quelques clics. La décision laisse perplexe: la création d'une entreprise individuelle via internet est possible et encouragée au motif qu'elle permet d'alléger les formalités administratives. Mais la fourniture de données similaires aux autorités chargées de veiller aux conditions d'exécution d'une concurrence loyale, sur un portail internet et en quelques clics, est censurée comme constituant une entrave à la libre prestation de services...

Conclusion

L'élargissement des motifs valant raisons impérieuses d'intérêt général autorise désormais les Etats membres à invoquer la prévention de la concurrence déloyale et le dumping social pour justifier des mesures visant à lutter contre les différentes formes de travail illégal dont les faux travailleurs indépendants. Mais cette liberté reste sous haute surveillance et on peut se demander si l'ouverture ne vise pas plutôt à calmer les critiques adressées à la jurisprudence de la CJUE, accusée de protéger les libertés économiques au détriment des droits sociaux⁴⁶.

Pour lutter valablement contre les trafics de main d'œuvre organisés à l'échelle européenne, la coopération entre les Etats membres s'avère indispensable. Elle peut s'appuyer sur l'article 4 de la directive 96/71 qui l'envisage pour *"répondre aux demandes d'informations motivées de ces administrations publiques relatives à la mise à disposition transnationale de travailleurs, y compris en ce qui concerne des abus manifestes ou des cas d'activités transnationales présumées illégales"*.⁴⁷ Mais l'efficacité de cette coopération supposerait que les corps de contrôle soient tenus par les mêmes définitions: à défaut de définitions communes du travail salarié

⁴⁶ Voir en particulier l'avalanche de commentaires suscités par les arrêts Laval et Viking

⁴⁷ Article 4 , §2 de la directive 96/71 relative au détachement des travailleurs

et du travail indépendant, la notion de fraude aux droits sociaux doit être européanisée. La proposition de directive d'application de la directive détachement dont l'article 3 est consacré à la prévention des abus et contournements pourrait y contribuer. Le §1 valide la règle selon laquelle l'entreprise doit exercer réellement des activités substantielles autres que celles relevant uniquement de la gestion interne ou administrative dans l'Etat dans lequel elle est établie. L'un des critères proposés pour saisir cette condition est *"le nombre anormalement réduit de contrats exécutés et/ou le montant du chiffre d'affaires réalisé dans l'État membre d'établissement"*.⁴⁸ Cette condition, qui ne concerne pas exclusivement les entreprises individuelles, constituerait un point d'appui aux investigations menées par les corps de contrôle. Elle est toutefois insuffisante. Chaque Etat membre est à la recherche de solutions juridiques pour garantir le respect de ses standards sociaux sur son territoire. L'Allemagne est aujourd'hui confrontée à un usage massif de contrats d'entreprise abusifs dont le seul objet est de contourner les règles applicables aux salariés. Ce phénomène atteint tous les secteurs professionnels⁴⁹ y compris les fleurons de l'industrie automobile allemande tels que Mercedes. L'ampleur de ces pratiques a entraîné le dépôt d'une initiative de la ministre des affaires sociales du Land du Baden-Württemberg appuyé par trois autres Länder; le projet vise à modifier la loi relative au détachement et à renforcer les pouvoirs de contrôle du conseil d'établissement de l'entreprise d'accueil.

Même si la Commission européenne déplore régulièrement la faible mobilité des travailleurs⁵⁰, l'augmentation des migrations temporaires transfrontalières semble être une réalité heurtant de plein fouet les législations sociales nationales mal outillées pour contrer un usage abusif des opportunités offertes par le droit européen. Améliorer la mobilité professionnelle des personnes à l'intérieur et au-delà de leurs frontières nationales ne constitue pas un mécanisme d'ajustement en temps de crise si ces efforts ne sont pas accompagnés parallèlement par des mesures visant les marchands de main d'œuvre bon marché.

⁴⁸ Proposition de directive relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, 21 mars 2012, COM(2012) 131 final.

⁴⁹ Sandra Siebenhüter, *Werkverträge in Bayern, Das neue Lohndumping-Instrument*, DGB München, Aout 2013

⁵⁰ Communication de la commission, Renforcer la dimension sociale de l'UEM , 2 oct.2013, COM(2013) 690 provisoire, p9