

## **6. LA LUTTE CONTRE LA FRAUDE TRANSFRONTALIÈRE** **NOUVEAU DÉFI POUR NOTRE SYSTÈME SOCIAL**

**JEAN-CLAUDE HEIRMAN**

Directeur général de l'Inspection sociale,  
Directeur du Service d'Information et de Recherche Sociale

Avec la collaboration de :

**MARIANNE GRATIA,**  
**YASMINA TOULI,**  
**GERRIT VAN DE MOSSELAER**

Juristes à l'Inspection sociale

## Introduction

La fraude est un phénomène en constante évolution du fait, à la fois des nouvelles opportunités qu'ouvrent les mutations économiques et technologiques, mais aussi de la dialectique permanente entre les fraudeurs et les services en charge de les poursuivre. Ainsi, les services de contrôle s'adaptent aux nouveaux procédés que peuvent mettre en œuvre les fraudeurs qui, en retour, vont chercher de nouvelles voies pour tenter d'échapper à leurs obligations sociales.

Trois tendances importantes en matière de fraude peuvent être retenues : l'importance du travail au noir<sup>1</sup>, la découverte de nouveaux vecteurs de fraude grâce aux évolutions technologiques et, enfin, l'accroissement de l'aspect international des mécanismes de fraude (qui sera analysé plus en détail dans le présent article).

En eux-mêmes, ces trois phénomènes n'ont rien de véritablement nouveau. Il apparaît cependant qu'ils s'inscrivent dans des tendances lourdes des économies des pays de l'OCDE et qu'on peut donc penser qu'ils tendent à se renforcer au fur et à mesure que l'économie belge devient de plus en plus ouverte, que la part des services s'accroît et que l'économie se dématérialise de plus en plus, grâce aux technologies de l'information et de la communication.

Au demeurant, ces tendances ne sont pas indépendantes les unes par rapport aux autres. Au contraire, elles se complètent et se renforcent. Ainsi, l'ouverture des frontières facilite l'entrée en Belgique de personnes à la recherche d'un emploi qui constituent un vivier, souvent contre leur gré, pour le recours au travail au noir. De même, le développement de l'informatique permet aujourd'hui de virer instantanément des fonds à n'importe quel endroit de la planète, sans que les administrations fiscales ou sociales ne soient ensuite toujours à même de reconstituer précisément ces flux.

### I. Le travail au noir

Les économies de l'OCDE sont devenues, depuis plusieurs décennies, des économies de service. En 2005, le secteur des services représentait près de 76 % de l'emploi total et environ 80 % de la valeur ajoutée. Or, dans le secteur des services, le travail est par définition le principal facteur de coût. C'est d'autant plus vrai qu'au-delà du seul salaire, notre système de protection sociale repose encore très largement sur un financement assis sur le travail et les cotisations sociales. Il ne faut donc pas s'étonner que le développement du travail au noir soit une tendance lourde de fraude détectée par les services de contrôle.

Le travail au noir, outre l'occupation de travailleurs non déclarés, peut prendre des formes très variées. Deux mécanismes utilisés de plus en plus fréquemment retiennent en particulier l'attention des services d'inspection : la fausse sous-traitance et la sous-déclaration<sup>2</sup>. Pour contrer ces deux mécanismes particuliers de fraude, des mesures réglementaires ont été adoptées récemment<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Par travail au noir, il y a lieu d'entendre faire ou laisser effectuer un travail sans respecter les obligations réglementaires qui s'y attachent.

<sup>2</sup> La sous-déclaration consiste à ne pas reporter volontairement sur les documents sociaux d'un travailleur une partie des heures de travail que ce dernier a effectuées.

<sup>3</sup> En ce qui concerne la fausse sous-traitance, voir article 31, § 1<sup>er</sup>, de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs, complété par la loi-programme du 27 décembre 2012 (article 21).

## II. Les technologies de l'information et de la communication (TIC) peuvent faciliter la fraude

Précisons tout d'abord que ce n'est pas la généralisation des technologies de l'information et de la communication au sein de notre économie et de notre société qui est en cause, mais bien le fait que des fraudeurs sont à même de tirer parti des opportunités qu'elle offre, notamment en matière de dissimulation de rémunérations.

De plus en plus d'entreprises ont recours à des logiciels spécialisés pour tenir leur comptabilité sociale, y compris pour les plus petites d'entre elles. Cette évolution est incontestablement positive pour les entreprises qui voient ainsi la tenue de leurs documents facilitée et automatisée.

Mais, il faut bien l'admettre, les logiciels de gestion salariale n'offrent pas, pour les inspecteurs sociaux, le même degré de sécurité. En effet, certains de ces logiciels ont un caractère « permissif », dans la mesure où ils offrent aux employeurs une grande souplesse au niveau des modalités d'élaboration des données. Ces logiciels peuvent donc permettre de redonner, *a posteriori*, une cohérence à des documents qui aurait dû être biaisée par certains procédés de fraude (exemples : paiement de primes non soumises à la sécurité sociale, heures supplémentaires au noir, etc.).

On constate, d'autre part, que la dématérialisation de l'économie a pour effet que les transactions deviennent moins visibles, ce qui peut perturber la perception des cotisations sociales.

Ce problème se pose avec acuité depuis la « désincarnation » de l'activité économique, dans la mesure où un site internet est un espace virtuel qu'il n'est pas toujours facile de localiser géographiquement. Il peut, en effet, être difficile de déterminer le lieu d'établissement d'une entreprise prestataire de services électroniques, qui implique normalement l'exercice effectif d'une activité économique au moyen d'installations stables et pour une durée indéterminée. Le développement des prestations de services dématérialisées<sup>4</sup> est éclairant : comment les administrations fiscales et sociales pourront-elles s'assurer demain que les opérateurs de ces services respecteront bien leurs obligations fiscales et sociales ?

Le Code pénal social (*cf.* articles 30 à 35) a répondu en partie à cette question et, pour permettre aux inspecteurs sociaux d'exercer correctement la surveillance de la législation sociale, il a prévu un certain nombre de règles spécifiques lorsque les supports d'information sont accessibles par un système informatique ou un appareil électronique<sup>5</sup>.

## III. L'ouverture des frontières : opportunités pour les fraudeurs

Parler de globalisation des économies est aujourd'hui devenu un truisme tant le phénomène de mondialisation a pris une ampleur importante au cours des dernières décennies. Désormais, pour beaucoup d'entreprises, le niveau international est devenu l'horizon naturel de leur activité. Cette dimension internationale de l'activité des entreprises et des individus complique singulièrement la tâche des services d'inspec-

En ce qui concerne la sous-déclaration, voir article 22ter de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs, modifié par la loi du 29 mars 2012 (article 79).

<sup>4</sup> Télécommunications, logiciels, musique, vidéo à la demande, jeux en ligne, etc.

<sup>5</sup> Voir à ce sujet, J.-C. HEIRMAN et M. GRATIA, « Les pouvoirs des inspecteurs sociaux à la lumière du nouveau Code pénal social », Kluwer, Études pratiques de droit social, 2011, pp. 138 à 141.

tion dont les pouvoirs s'arrêtent aux frontières nationales. Car autant ces services de contrôle disposent de prérogatives étendues au niveau national, autant ils sont particulièrement démunis lorsqu'il s'agit d'appréhender ce qui se passe dans les États étrangers.

Dès lors, certains fraudeurs s'abritent de plus en plus derrière des opérations économiques transfrontalières pour masquer leurs comportements frauduleux. Face à ces phénomènes, la coopération internationale commence à se développer, mais reste encore nettement insuffisante.

Nous savons que la construction européenne s'est fixée comme but la libre circulation des travailleurs comme celle des biens et services<sup>6</sup>. Cette libre circulation entraînant des conflits de normes nationales applicables en matière notamment de cotisations sociales, le législateur européen a fixé initialement les principes applicables dans le Règlement (CEE) n° 1408/71 du 14 juin 1971 ainsi que dans le Règlement (CEE) d'application n° 574/72 du 21 mars 1972, Règlements qui ont été remplacés par deux nouveaux Règlements européens relatifs à la coordination des systèmes de sécurité sociale des différents États-membres, qui sont entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> mai 2010. Il s'agit du Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant coordination des systèmes de sécurité sociale et de son Règlement d'application (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 coordination des systèmes de sécurité sociale. Depuis le 3 janvier 2011, les dispositions des Règlements (CE) n° 883/2004 et n° 987/2009 ont été étendues aux ressortissants de pays tiers qui résident légalement dans un État-membre de l'Union européenne, par le Règlement (UE) n° 1231/2010<sup>7</sup>. Relevons aussi que ces Règlements ont été modifiés en mai 2012 par le Règlement (UE) n° 465/2012<sup>8</sup> en vue notamment d'adapter les critères de détermination de la législation applicable en cas d'occupation simultanée et aux fins de préciser la notion de « base d'affectation » pour le personnel navigant de l'aviation civile.

Les conditions d'application de ces Règlements ont été précisées dans un Guide pratique<sup>9</sup> et complétées par les décisions de la Commission administrative pour la coordination des régimes de sécurité sociale.

Nous le verrons *infra*, les pratiques du détachement ou de l'occupation simultanée dans plusieurs États sont complexes à contrôler dans la mesure où elles nécessitent souvent une coordination et un échange d'informations avec les administrations des États d'origine des salariés détachés/concernés, étant donné que les conditions d'application d'un détachement ou d'une occupation simultanée valables se situent *de*

<sup>6</sup> Article 3 du Traité instituant la Communauté européenne.

<sup>7</sup> Règlement (UE) n° 1231/2010 du Parlement européen et du Conseil du 24 novembre 2010 visant à étendre les dispositions du Règlement (CE) n° 883/2004 et du Règlement (CE) n° 987/2009 aux ressortissants des pays tiers qui ne sont pas déjà couverts par ces dispositions uniquement en raison de leur nationalité, *J.O.*, 29 décembre 2010, L 344. Si l'Irlande a notifié son souhait de participer à l'adoption et à l'application du Règlement, il n'en est pas de même pour le Royaume-Uni et le Danemark.

<sup>8</sup> Règlement (UE) n° 465/2012 du Parlement européen et du Conseil du 22 mai 2012 modifiant le Règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et le Règlement (CE) n° 987/2009 fixant les modalités d'application du Règlement (CE) n° 883/2004 – Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE et pour l'accord UE/Suisse, *J.O. L* 149, 8 juin 2012.

<sup>9</sup> Commission européenne, « Guide pratique. La législation applicable aux travailleurs dans l'Union européenne (UE), l'Espace économique européen (EEE) et en Suisse », <http://ec.europa.eu>.

*facto* dans deux États. Pour ces raisons, ces mécanismes apparaissent propices à la fraude. Les abus que nous allons exposer au cours de ces pages ne sont pas nécessairement liés à l'entrée en vigueur de ces « nouveaux » règlements européens mais ils mettent en exergue les limites de ces textes face à des fraudes commises dans un contexte d'occupation transnationale.

En ce qui concerne le droit du travail, la Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, a pour but d'essayer de concilier l'exercice de la liberté de fournir des services transfrontaliers conformément à l'article 56 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne et la protection appropriée des droits des travailleurs détachés temporairement à cet effet. Pour ce faire, elle fixe un noyau dur de règles impératives de protection minimale que doivent observer, dans le pays d'accueil, les employeurs qui détachent des travailleurs aux fins d'effectuer un travail à titre temporaire sur le territoire de l'État-membre de la prestation. Ce noyau dur doit être respecté par les employeurs, quelle que soit la durée du détachement. Ceci aurait dû permettre à la Directive en question de jouer un rôle important dans la lutte contre le dumping social en favorisant un climat de concurrence loyale entre tous les prestataires de service (y compris ceux d'autres États-membres).

Soulignons que la notion de détachement au sens de la Directive 96/71 diffère quelque peu de celle visée par le Règlement (CE) n° 883/2004 précité car celle visée par la Directive est plus large. Le détachement visé par la Directive est temporaire mais sans limite précise de temps. L'employeur doit vouloir faire revenir le travailleur dans le pays d'origine, au terme de la période de détachement<sup>10</sup>.

Cette directive a été transposée en droit belge par la loi du 5 mars 2002 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services<sup>11</sup>. Relevons que la loi du 5 mars 2002 a un champ d'application personnel très large car elle s'applique à « toute personne » et par conséquent non seulement aux travailleurs détachés par des entreprises sises au sein de l'Union européenne mais également à ceux détachés par des entreprises établies dans un État tiers. Son champ d'application personnel est donc plus large que celui du Règlement (CE) n° 883/2004 précité.

Comme indiqué *supra*, l'objet de cet article consiste à exposer les principaux abus et difficultés auxquels sont confrontés les services d'inspection du Royaume et qui sont commis dans le cadre d'une relation de travail transnationale, en matière de sécurité sociale, tout en mettant en évidence les implications qu'ont certains aspects liés au droit du travail sur les fraudes commises en matière de paiement des cotisations de sécurité sociale dues à l'État compétent.

<sup>10</sup> B. LANTIN et C. VANLAERE, « Détachement de travailleurs par des entreprises situées sur le territoire belge : loi applicable en droit du travail ? », *Indicateur social* n° 9, 1-15 mai 2007, pp. 9 et suiv.

<sup>11</sup> Loi du 5 mars 2002 transposant la Directive 96/71 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et instaurant un régime simplifié pour la tenue de documents sociaux par les entreprises qui détachent des travailleurs en Belgique, *M.B.*, 13 mars 2002, modifiée par la loi-programme 1 du 27 décembre 2006, *M.B.*, 28 décembre 2006.

#### IV. Détermination de la législation applicable

##### A. La règle du lieu de travail

Les Règlements (CE) n° 883/2004 et n° 987/2009 mettent en œuvre l'article 48 du Traité UE (ex-article 42 du Traité CE) visant à garantir la libre circulation des travailleurs.

Ces deux Règlements ont pour but de coordonner les régimes nationaux de sécurité sociale des États-membres sans les remplacer. Ils visent à assurer l'effectivité du droit à la libre circulation des personnes et à contribuer à l'amélioration de leur niveau de vie et conditions d'emploi<sup>12</sup> en veillant notamment à ce qu'elles ne perdent pas le bénéfice de droits en matière de sécurité sociale.

Le principe est celui de l'unicité de la législation applicable : les personnes auxquelles le Règlement est applicable ne sont soumises qu'à la législation d'un seul État-membre (article 11 du Règlement (CE) n° 883/2004).

La législation de sécurité sociale applicable reste, en principe, celle de l'État où l'activité professionnelle est exercée, même si le lieu de résidence<sup>13</sup> se trouve sur le territoire d'un autre État et, concernant les travailleurs salariés, même si l'employeur a son siège sur le territoire d'un autre État-membre. L'application de cette règle oblige en principe tout ressortissant européen travaillant en Belgique à être affilié à la sécurité sociale belge ; cette affiliation étant toutefois liée à la notion « d'établissement »<sup>14</sup>.

La règle du lieu de travail souffre cependant certaines exceptions, pour lesquelles c'est la législation du pays d'origine qui s'applique. Ainsi, selon les dispositions de l'article 12.1 du Règlement (CE) n° 883/2004 : « *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 la personne ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne* ». La portée du principe posé à l'article 11 du Règlement (CE) n° 883/2004 est donc largement réduite en cas de détachement temporaire de travailleurs dans un autre État-membre.

En effet, le principe applicable en matière de détachement est qu'un travailleur occupé dans un État-membre et qui exerce *temporairement* des prestations dans un autre État-membre demeure soumis à la législation de l'État où il exerce habituellement ses activités.

La durée du détachement est fixée à vingt-quatre mois maximum. Cette durée de vingt-quatre mois censée limiter les recours abusifs à ce type de détachement n'est elle-même pas un obstacle dirimant à cette règle du pays d'origine, puisque l'article 16 du même Règlement autorise à dépasser cette durée sous réserve de l'autorisation de l'autorité compétente de l'État-membre où se déroule la prestation.

<sup>12</sup> Règlement (CE) n° 883/2004 précité, Considérant (1).

<sup>13</sup> Le terme « résidence » désigne « le lieu où une personne réside habituellement », article 1<sup>er</sup>, j), Règlement (CE) n° 883/2004.

<sup>14</sup> L'article 3 de la loi du 27 juin 1969 révisant l'arrêté-loi du 28 décembre 1944 concernant la sécurité sociale des travailleurs dispose, en effet, que « *sans préjudice des dispositions des conventions internationales et des règlements internationaux de sécurité sociale ... la présente loi s'applique aux travailleurs occupés en Belgique au service d'un employeur établi en Belgique ou attachés à un siège d'exploitation établi en Belgique* ».

L'institution de sécurité sociale de l'État-membre d'envoi peut délivrer un formulaire A1 (anciennement E101) qui atteste que le travailleur détaché, durant son détachement, continue à être déclaré à la sécurité sociale de ce pays.

En dérogeant pour partie au principe de la législation du pays d'accueil, la prestation de service transnationale permet une concurrence « légale », en matière d'assujettissement à la sécurité sociale. Cette dérogation est à l'origine de très nombreux abus, comme nous allons le voir.

### B. Conditions du détachement

Pour pouvoir déroger à la législation de sécurité sociale applicable au lieu de travail, le détachement doit répondre à cinq conditions.

#### 1. ASSUJETTISSEMENT PRÉALABLE

Le travailleur salarié doit avoir été soumis, juste avant le début de son détachement, à la législation de l'État-membre dans lequel son employeur est établi<sup>15</sup>.

Cette condition est considérée comme remplie si le travailleur était soumis à la législation de l'État-membre d'établissement de l'employeur depuis au moins un mois. Si l'assujettissement préalable est plus court, l'évaluation se fait « au cas par cas en tenant compte de tous les autres facteurs »<sup>16</sup>.

Un employeur peut engager ainsi un travailleur dans le seul but de le détacher.

#### 2. ACTIVITÉ SUBSTANTIELLE

L'employeur doit exercer une partie substantielle de ses activités dans l'État-membre d'envoi. L'employeur doit être établi dans le pays d'envoi et y exercer normalement ses activités pour pouvoir détacher des travailleurs dans le cadre de la réglementation européenne. L'expression « y exerçant normalement ses activités »<sup>17</sup> vise « un employeur qui exerce généralement des activités substantielles autres que des activités de pure administration interne sur le territoire de l'État-membre dans lequel il est établi »<sup>18</sup>. L'existence d'activités substantielles est déterminée en tenant compte de toute une série d'éléments objectifs, notamment :

- « le lieu du siège de l'entreprise et de son administration ;
- l'effectif du personnel administratif travaillant respectivement dans l'État-membre d'établissement et dans l'autre État-membre ;
- le lieu où les travailleurs détachés sont recrutés et celui où sont conclus la plupart des contrats avec ses clients ;
- la législation applicable aux contrats conclus par l'entreprise avec ses travailleurs et avec ses clients ;

<sup>15</sup> Article 14.1 du Règlement (CE) n° 987/2009.

<sup>16</sup> Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale – Décision A2 du 12 juin 2009 concernant l'interprétation de l'article 12 du Règlement (CE) n° 883/2004, relatif à la législation applicable aux travailleurs salariés détachés et aux travailleurs non-salariés qui exercent temporairement une activité en dehors de l'État compétent, p. 3.

<sup>17</sup> Article 12.1 du Règlement (CE) n° 883/2004.

<sup>18</sup> Article 14.2 du Règlement (CE) n° 987/2009.

- les chiffres d'affaires réalisés pendant une période suffisamment caractéristique dans chaque État-membre concerné, ainsi que le nombre de contrats exécutés dans l'État d'envoi »<sup>19</sup>.

Dans la pratique, les services d'inspection sociale de l'État où l'activité est exercée, la Belgique en l'espèce, éprouvent des difficultés d'accès aux pièces qui permettent d'évaluer le caractère substantiel de l'activité dans l'État où l'employeur est établi. C'est en principe à l'institution compétente de l'État d'envoi de vérifier si cette condition est remplie à l'aide des critères décrits ci-dessus. Or, force est de constater que les institutions compétentes effectuent rarement ces vérifications. Ce constat est particulièrement vrai pour les institutions qui sont décentralisées. Pourtant, la preuve du respect de ces conditions dans le pays d'envoi pourrait assez aisément être apportée par la production de documents établis conformément aux obligations fiscales et comptables relevant du droit des sociétés de cet État.

#### 3. LIEN ORGANIQUE

Un lien organique doit être maintenu, pendant tout le détachement, entre l'employeur qui a embauché le travailleur et celui-ci<sup>20</sup>. Cela signifie que, à tout moment du détachement, le travailleur doit continuer à travailler sous l'autorité, la direction de son employeur.

Cette notion de lien organique doit s'apprécier en fonction des éléments qui caractérisent l'autorité exercée par l'employeur. Ceux-ci ont été fixés au nombre de cinq :

- la responsabilité de l'employeur en matière de recrutement ;
- l'employeur établit et signe le contrat de travail ;
- l'employeur garde le pouvoir de licencier ;
- l'employeur détermine la nature du travail à effectuer ;
- la rémunération est payée par l'employeur (« sans préjudice d'éventuels accords entre l'employeur de l'État d'envoi et l'entreprise de l'État d'emploi concernant le versement de la rémunération aux travailleurs »).

Dans la pratique, plusieurs difficultés ont été identifiées pour accéder à différents documents qui conditionnent la vérification des cinq critères d'appréciation du lien organique énumérés ci-dessus. Citons les problèmes rencontrés pour accéder aux contrats de prestations de service, aux bons de commande, aux factures des entreprises qui détachent des travailleurs et qui sont parfois localisées dans un ou plusieurs États-membres de l'Union européenne ; de même que l'accès aux contrats de travail et aux documents sociaux de l'État d'envoi, malgré les règles existantes, dans notre pays, pour les employeurs étrangers en matière de certains documents sociaux. Si ces employeurs qui détachent des travailleurs en Belgique sont dispensés d'établir et de tenir pour ces travailleurs un compte individuel et un décompte de paie visés par la réglementation belge, pendant une période de douze mois, ils ont néanmoins l'obligation de tenir à la disposition des inspections, à leur demande, les documents

<sup>19</sup> Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale – Décision A2 du 12 juin 2009 concernant l'interprétation de l'article 12 du Règlement (CE) n° 883/2004 relatif à la législation applicable aux travailleurs salariés détachés et aux travailleurs non-salariés qui exercent temporairement une activité en dehors de l'État compétent, point 1, § 5.

<sup>20</sup> Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale – Décision A2 du 12 juin 2009 concernant l'interprétation de l'article 12 du Règlement (CE) n° 883/2004 relatif à la législation applicable aux travailleurs salariés détachés et aux travailleurs non-salariés qui exercent temporairement une activité en dehors de l'État compétent, point 1, § 3.

sociaux étrangers équivalents du pays d'origine. De plus, au terme du détachement, ces employeurs sont tenus, pendant deux années, d'envoyer sur demande aux services d'inspection les documents étrangers équivalents<sup>21</sup>.

Une réponse définitive quant au respect des conditions de détachement, comme celle du maintien du lien organique est presque impossible à apporter préalablement au détachement. Le fait que cette démonstration ne peut se faire qu'*a posteriori* est de nature à favoriser la pratique de certaines entreprises *mala fide* qui se prévalent des formulaires A1 délivrés par le pays d'envoi pour détacher des travailleurs au mépris de cette condition réglementaire.

#### 4. NON-REMPLACEMENT

La personne détachée ne peut pas remplacer une personne détachée<sup>22</sup>. Cette condition vise à éviter que certains postes soient occupés en permanence par des travailleurs détachés.

La vérification de cette condition nécessite de connaître (pratiquement en permanence) le nombre de travailleurs occupés dans un même poste en Belgique par une même entreprise d'envoi sur une longue période, ce qui dans la pratique pose de réelles difficultés de contrôle.

#### 5. DURÉE LIMITÉE

Enfin, nous l'avons vu, le travailleur détaché reste assujéti à la législation de son pays d'envoi, à condition que la durée prévisible du détachement n'excède pas vingt-quatre mois. Les États-membres ou les organismes qu'ils désignent peuvent néanmoins prévoir d'un commun accord de prolonger ce délai.

Actuellement les dates de début et de fin de détachement renseignées sur les formulaires A1 (voir *infra*) n'ont pas de caractère probant. Nous le verrons, ces formulaires peuvent d'ailleurs être établis de manière rétroactive. L'employeur a également l'obligation de communiquer toute modification de la période de détachement à l'institution compétente (ONSS ou INASTI dans notre pays), mais cette obligation n'est généralement pas toujours suivie par les États qui détachent des travailleurs en Belgique. Il est donc plus que malaisé, dans l'état actuel de la législation européenne, de déterminer de manière certaine les périodes réelles de détachement des travailleurs. Certes, les travailleurs indépendants et salariés d'origine étrangère qui viennent travailler en Belgique ont l'obligation, depuis le 1<sup>er</sup> avril 2007, de s'enregistrer préalablement auprès des autorités belges par voie électronique (c'est ce qu'on appelle la déclaration LIMOSA)<sup>23</sup> et une des mentions qui doit figurer sur la déclaration LIMO-

<sup>21</sup> - Articles 6quinquies à 6septies de l'arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux ;  
- Article 15bis de la loi du 12 avril 1965 concernant la protection de la rémunération des travailleurs ;  
- Article 1<sup>er</sup> de l'arrêté royal du 1<sup>er</sup> avril 2007 fixant les modalités d'exécution du régime simplifié de tenue des documents sociaux pour les entreprises qui détachent des travailleurs en Belgique et définissant les activités dans le domaine de la construction visées à l'article 6, § 2, de la loi du 5 mars 2002 transposant la directive 96/71/CE.

<sup>22</sup> Article 12.1 du Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et instaurant un régime simplifié de tenue des documents sociaux pour les employeurs qui détachent des travailleurs en Belgique.

<sup>23</sup> Articles 137 à 141 de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 et arrêté royal du 20 mars 2007 pris en exécution du Chapitre 8 du Titre IV de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 instaurant une déclaration préalable pour les travailleurs salariés et indépendants détachés, modifié par l'arrêté royal du 19 mars 2013.

SA tant pour les travailleurs salariés que les travailleurs indépendants, est la date de début et fin du détachement en Belgique. Mais il est apparu, avec le temps, que ces dates n'étaient pas très fiables et que lorsqu'on les recoupait avec le travail effectivement effectué en Belgique, elles étaient le plus souvent fort approximatives.

#### C. L'occupation simultanée dans différents pays

Une autre difficulté rencontrée dans l'application du Règlement (CE) n° 883/2004 trouve son origine dans l'article 13 qui, comme l'article 12.1, déroge à l'article 11 (à savoir : la règle générale du lieu de travail).

L'article 13 précité fixe certaines règles lorsqu'un travailleur est amené à devoir effectuer des prestations simultanément dans différents pays. Ce sera notamment le cas dans le secteur du transport international de personnes ou de marchandises. Ces règles peuvent être schématisées comme suit.

- Si le travailleur exerce une part importante de son activité (au moins 25 %) dans son pays de résidence, il sera couvert par la législation sociale de ce pays.
- Si le travailleur n'exerce pas une part importante de son activité dans son pays de résidence, il sera couvert par la législation sociale du pays où se trouve le siège social ou le lieu d'établissement de son employeur ou de ses employeurs.
- Si le travailleur effectue des prestations pour le compte de plusieurs employeurs ayant des sièges sociaux dans différents pays dont son pays de résidence, ledit travailleur sera couvert par la législation du pays autre que son pays de résidence s'il n'y exerce pas une part importante de son activité.
- Si le travailleur effectue des prestations pour le compte de plusieurs employeurs ayant des sièges sociaux dans différents pays autres que le pays de résidence, ledit travailleur sera couvert par la législation de son pays de résidence, même s'il n'y exerce pas une part importante de son activité.
- Si le travailleur est un indépendant et qu'il n'exerce pas une part importante de son activité dans son pays de résidence, il sera couvert par la législation sociale du pays où se situe le centre d'intérêt de son activité.
- Enfin, si le travailleur exerce une activité en tant que salarié et d'indépendant dans plusieurs pays, il sera assujéti dans le pays où il exerce ses prestations en qualité de travailleur salarié.

Ces règles dérogatoires ont amené différentes entreprises, notamment dans le secteur du transport de marchandises par route, à créer des entreprises sœurs dans des pays de l'Union européenne où les charges sociales sont peu élevées. Il s'agit le plus souvent de « boîtes vides ». Afin de lutter contre cette pratique frauduleuse fort courante, le Guide pratique<sup>24</sup> donne un certain nombre d'indications concernant le dépistage de la

<sup>24</sup> Guide pratique de détermination de la législation applicable aux travailleurs de l'UE, de l'EEE et de la Suisse – page 26 :

- le lieu où l'entreprise a son siège social et son administration ;
- l'ancienneté de l'établissement de l'entreprise dans l'État-membre ;
- l'effectif du personnel administratif travaillant dans le siège en question ;
- le lieu où la majorité des contrats commerciaux est conclue ;
- le bureau qui dicte la politique de l'entreprise et les questions relatives à l'exploitation ;
- le lieu où les principales fonctions financières, notamment bancaires, sont situées ;
- le lieu désigné conformément aux Règlements de l'UE comme responsable de la gestion et de la tenue des dossiers relatifs aux obligations réglementaires du secteur où exerce l'entreprise ;
- le lieu de recrutement des travailleurs.

fraude relatives aux sociétés-écrans. Le Guide renseigne huit critères pour apprécier si le siège social d'une société est réel ou fictif.

Le Règlement (CE) n° 465/2012<sup>25</sup> a modifié le Règlement (CE) n° 883/2004 en vue notamment d'insister sur la condition d'exercice d'une activité substantielle dans l'État de résidence pour que la réglementation de cet État puisse s'appliquer<sup>26</sup>. Ce Règlement précise, de plus, que le siège social ou le siège d'exploitation doit correspondre au lieu « où sont adoptées les décisions essentielles de l'entreprise et où sont exercées les fonctions d'administration centrale de celle-ci ».

Cette notion du siège social ou d'exploitation est en lien avec les huit critères précités<sup>27</sup>. Du point de vue de l'efficacité des contrôles, cela constitue incontestablement une avancée.

De même, le Règlement (CE) n° 465/2012 a apporté une modification importante en prévoyant que dans le secteur du transport aérien, il convient dorénavant de se référer à la notion de « base d'affectation »<sup>28</sup> du personnel navigant, pour déterminer le lieu du siège d'exploitation de l'entreprise et pour désigner ainsi l'État compétent en sécurité sociale de manière univoque, ce qui devrait permettre de diminuer le facteur de risque de fraude et d'erreur. Cette notion de « base d'affectation » pour les membres de l'équipage de conduite et de l'équipage de cabine est définie comme étant le lieu désigné par l'exploitant pour le membre d'équipage, où celui-ci commence et termine normalement un temps de service ou une série de temps de service et où, dans des circonstances normales, l'exploitant n'est pas tenu de loger ce membre d'équipage<sup>29</sup>.

À l'occasion d'une question préjudicielle, la Cour de Justice a eu l'occasion de préciser la notion « d'exercice normal d'une activité sur le territoire de deux ou plusieurs États-membres »<sup>30</sup>. La question s'était posée de savoir si cette notion recouvrait, « outre les travailleurs qui exercent de manière concurrente des activités salariées sur le territoire de plus d'un État-membre, ceux qui sont tenus d'exercer leur travail dans plusieurs États-membres, sans que ce travail doive être exercé dans plusieurs États-membres à la fois ou de manière quasi simultanée ». La Cour a considéré qu'une personne qui conclut, successivement, des contrats de travail à durée déterminée avec

<sup>25</sup> Règlement (UE) n° 465/2012 du Parlement et du Conseil du 22 mai 2012 modifiant le Règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et le Règlement (CE) n° 987/2009 fixant les modalités d'application du Règlement (CE) n° 883/2004. *J.O.*, 8 juin 2012. En vigueur le 28 juin 2012.

<sup>26</sup> F. VERBRUGGE, « Règlements européens de sécurité sociale. Développements récents », *Orientations*, juin 2013, p. 15.

<sup>27</sup> Initialement un paragraphe 1<sup>er</sup> était prévu au point 5bis de l'article 15 du Règlement (CE) n° 987/2009 libellé comme suit :

« 5bis. Aux fins de l'application du titre II du règlement de base, on entend par « siège social ou siège d'exploitation » le siège social ou le siège d'exploitation où sont adoptées les décisions essentielles de l'entreprise et où sont exercées les fonctions d'administration centrale de celle-ci ».

<sup>28</sup> Article 11.5 du Règlement (CE) n° 883/2004 tel que modifié par le Règlement (UE) n° 465/2012 dispose que : « L'activité d'un membre de l'équipage de conduite ou de l'équipage de cabine assurant des services de transport de voyageurs ou de fret est considérée comme étant une activité menée dans l'État-membre dans lequel se trouve la base d'affectation telle qu'elle est définie à l'annexe III du Règlement (CEE) n° 3922/91 ».

<sup>29</sup> Annexe III du Règlement (CEE) n° 3922/91 du Conseil du 16 décembre 1991 relatif à l'harmonisation de règles techniques et de procédures administratives dans le domaine de l'aviation civile.

<sup>30</sup> CJUE, 4 octobre 2012, n° C-115/11, *Format*. Dans cette affaire, des contrats de travail à durée déterminée successifs étaient conclus entre un travailleur et un même employeur, aux termes desquels le travailleur exerçait en permanence une activité pendant plusieurs mois ou plus de dix mois sur le territoire, chaque fois d'un seul État-membre. Chacun de ces États était différent de son État de résidence. Dans chaque cas, lorsque le travail était terminé, le travailleur obtenait un congé sans solde et il était ensuite mis fin prématurément au contrat de travail d'un commun accord. Le travailleur n'a jamais effectué de travail sur le territoire de son État de résidence. Les deux parties invoquaient que le travailleur « exerçait normalement une activité salariée sur le territoire de plus de deux États-membres ».

un même employeur, contrats précisant comme lieu de travail le territoire de plusieurs États-membres, alors qu'elle ne travaille, dans les faits, pendant la durée de chacun de ces contrats, que sur le territoire d'un seul de ces États à la fois ne peut relever de la notion de « personne qui exerce normalement une activité salariée sur le territoire de deux ou plusieurs États-membres »<sup>31</sup>.

La Cour y a souligné qu'en cas de divergence entre un contrat de travail et les lieux d'exécution qu'il prévoit et, d'autre part, la manière dont les obligations sont exécutées en pratique, il convient, pour l'institution émettrice du formulaire A1 de s'attacher aux mentions du contrat, étant donné qu'elle le délivre avant ou au début de la période visée au contrat. Elle doit toutefois vérifier si ces données concordent avec les activités prévisibles au moment de la demande du formulaire. Il peut à cet égard être tenu compte de la manière « dont les contrats de travail entre l'employeur et le travailleur concernés ont été exécutés en pratique dans le passé, les circonstances entourant la conclusion de ces contrats et, plus généralement, les caractéristiques et les modalités des activités exercées par l'entreprise concernée, dans la mesure où ces éléments peuvent éclairer la nature réelle du travail en question »<sup>32</sup>.

#### D. Problèmes posés par le formulaire A1

La délivrance par l'État d'envoi d'un formulaire A1 est une formalité normalement préalable au détachement. Ce formulaire atteste que le travailleur reste soumis à la législation de l'État d'envoi pendant une période déterminée. Il doit être demandé par l'employeur ou par le travailleur indépendant à l'institution compétente du pays d'envoi. Cette institution qui va remettre à la personne concernée l'attestation A1 doit, en même temps, mettre sans délai à la disposition de l'institution désignée par l'autorité compétente de l'État-membre où l'activité est exercée, des informations sur la législation applicable à ladite personne.

Comme la détention du certificat de détachement A1 n'est pas une condition constitutive du détachement, ce formulaire suscite de réels problèmes d'application et est à l'origine de diverses formes de fraude. Nous pouvons les sérier comme suit.

#### 1. FORCE PROBANTE DU FORMULAIRE A1

La jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, dans ses arrêts *Banks*<sup>33</sup> et *Fitzwilliam*<sup>34</sup>, dispose que même si le formulaire (E101/A1) a été délivré postérieurement au début de l'activité temporairement exercée sur le territoire d'un autre État que l'État « émetteur », le pays d'accueil doit prendre ce formulaire en considération.

Au vu de cette jurisprudence, si le travailleur, qui ne dispose pas d'un formulaire (E101/A1) au moment du contrôle, en produit un ultérieurement, ce formulaire doit être pris en considération et le travailleur concerné ne pourra pas être assujéti à la sécurité sociale belge.

<sup>31</sup> C-115/11, pt. 52.

<sup>32</sup> C-115/11, pt. 45.

<sup>33</sup> C.J.C.E., 30 mars 2000, *Banks*, n° C-178/97. *Jur.* ; JCE, 2000, I, 2005, concl. D. COLOMER.

<sup>34</sup> C.J.C.E., 10 février 2000, n° C-202/97, Arrêt *Fitzwilliam* ; C.J.C.E., 30 mars 2000, n° C-178/97 *Banks e.a. c/ Théâtre Royal de la Monnaie*.

Ce qui a pour conséquence que l'absence de possession d'un formulaire A1 par un travailleur, lors d'un contrôle effectué par un service d'inspection, ou le fait qu'il ne soit pas entièrement complété, n'empêchent pas que, sur la base de l'appréciation des faits concrets, un travailleur puisse valablement être considéré comme étant détaché.

Ceci permet l'émission de certificats de détachement A1 avec effet rétroactif par l'organisme de sécurité sociale du pays d'origine et de « couvrir » ainsi l'irrégularité relevée lors d'un contrôle. Même dans le cas où il est délivré à temps et à heure, le certificat A1 est parfois valable pour une durée inférieure à la présence réelle des salariés ; ici aussi, des régularisations rétroactives par l'organisme de sécurité sociale du pays d'origine sont fréquentes, ce qui crée une certaine insécurité juridique.

En outre, lors d'une réponse à une question parlementaire, le commissaire européen en charge de l'Emploi, des Affaires sociales et de l'Inclusion a précisé qu'un détachement de courte durée devrait être traité de manière flexible par les institutions nationales compétentes et ne devrait en principe pas nécessiter un « certificat de détachement »<sup>35</sup>.

Enfin, certaines entreprises, en contradiction avec les règles posées par le Règlement (CE) n° 883/2004, obtiennent des renouvellements systématiques du détachement, du fait de contrôles insuffisants des administrations du pays d'origine.

Comme l'Office national de sécurité sociale belge (ONSS) n'a pas le droit d'annuler un certificat de détachement, la recherche et le contrôle de ce type d'infraction est fort complexe.

## 2. CARACTÈRE IMMuable DU FORMULAIRE A1

La jurisprudence européenne citée ci-dessus ne permet pas à l'État d'accueil de requalifier le statut du travailleur défini par le pays « détachant » et de remettre en cause les éléments sur la base desquels le formulaire A1 a été établi.

Le formulaire de détachement A1 contient les données d'identification du travailleur détaché, de l'employeur détachant, de l'entreprise d'accueil et de son siège social, de la durée du détachement et de sa base légale (dont l'article 12 du Règlement (CE) n° 883/2004 qui est d'application).

En vertu du principe de coopération entre les États-membres de l'Union européenne et conformément à la jurisprudence européenne (CJUE, arrêts Banks et Fitzwilliam précités), il n'appartient pas à l'État d'accueil de remettre en cause et de requalifier en conséquence le statut du travailleur tel que défini par l'organisme compétent du pays détachant. Les organismes de contrôle de l'État-membre de l'Union, tels que l'ONSS, doivent en effet s'en tenir au statut (salarié, indépendant, stagiaire) tel que qualifié par le pays émetteur du A1.

Par conséquent, si un travailleur étranger effectuant des prestations en Belgique dispose d'un formulaire A1 sur lequel la case « travail non salarié » est cochée, alors que les personnes chargées du contrôle estiment qu'au regard de la réalité des fonctions

<sup>35</sup> Q. parl., 7 décembre 2011, d'E. GEBHARDT, « Le formulaire A1 en cas de détachement à court terme d'une semaine maximum », <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=WQ&reference=P-2011-011698&language=FR>, Rép. de M. ANDOR, 3 janvier 2012, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=P-2011-011698&language=FR>, J.O., n° C 180 E, 21 juin 2012.

confrontée au droit belge, le travailleur est en réalité un travailleur salarié (exemple : ouvrier maçon sur un chantier de construction), le statut de ce travailleur, tel que qualifié par l'organisme émetteur du formulaire A1, ne peut être remis en cause.

Or, il ressort des constatations des services d'inspection sociale belges, que de nombreux travailleurs détachés qui se déclarent comme indépendants sont en réalité des travailleurs salariés, occupés dans le cadre d'un lien de subordination et donc des « faux indépendants ». Ceux-ci sont parfois recrutés dans des pays États-membres pour être détachés dans un autre État car ils acceptent des conditions de travail moins bonnes que les nationaux de ce second État.

Paradoxalement, la situation est différente en droit du travail. Ainsi, si l'exécution concrète de la relation de travail laisse apparaître la réunion de suffisamment de critères incompatibles avec la qualification donnée par les parties, il sera possible de requalifier, en Belgique, cette relation de travail et, par conséquent, de requalifier un contrat dénommé initialement « contrat d'entreprise » en contrat de travail salarié<sup>36</sup>. Le cas échéant, les travailleurs concernés devront donc se voir appliquer les droits liés à l'exécution d'un contrat de travail tels que l'application des barèmes liés à la fonction, le bénéfice (d'arriérés) de pécules de vacances, la perception d'une indemnité compensatoire de préavis en cas de rupture de la collaboration par la personne identifiée comme étant l'employeur. Une discordance peut dès lors exister à ce propos entre le droit du travail et le droit de la sécurité sociale.

Dans l'hypothèse d'une requalification uniquement sur le plan du droit du travail, rien ne permet de garantir que les montants complémentaires qui ont dû être payés au travailleur concerné, à la suite de cette procédure, seront effectivement déclarés à l'institution de sécurité sociale de l'État compétent.

En outre, si un travailleur détaché qui se déclare indépendant, ne dispose pas de formulaire A1 lors d'un contrôle, le statut de ce travailleur, qui déclarerait être indépendant, ne peut pas d'office être qualifié en travailleur salarié au regard de l'examen des faits, les services d'inspection ne pouvant préjuger du statut qui serait repris sur le formulaire A1 produit ultérieurement.

Enfin, une juridiction de l'État d'accueil ne peut vérifier la validité d'un certificat A1 « en ce qui concerne l'attestation des éléments sur la base desquels ce certificat a été délivré », dont celui du lien organique entre l'entreprise établie dans l'État qui délivre le formulaire A1 et les travailleurs détachés sur un autre territoire, et ce, pendant la période de détachement<sup>37</sup> (C.J.C.E., arrêt Herbosch Kiere NV<sup>38</sup> et article 12, § 1 du

<sup>36</sup> Pour procéder à cette requalification, il conviendra de se référer aux critères généraux et/ou spécifiques fixés par le titre XIII de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 (modifiée par la loi du 25 août 2012) et par ses arrêtés d'exécution. Voir à ce sujet : E. MORELLI, « La loi sur la nature des relations de travail et ses récentes modifications », *Orientations*, 2012, n° 10, pp. 15 et suiv.

<sup>37</sup> Article 12, § 1 du Règlement (CE) n° 883/2004, interprété par la décision A2 de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale (CACSS) du 12 juin 2009 concernant l'interprétation de l'article 12 du Règlement (CE) n° 883/2004, relatif à la législation applicable aux travailleurs salariés détachés et aux travailleurs non-salariés qui exercent temporairement une activité en dehors de l'État compétent, point 1.

<sup>38</sup> C.J.C.E., 26 janvier 2006, n° C-2/05, Herbosch Kiere NV, *Rec.*, p. I-1079. Cet arrêt est intervenu à la suite de questions préjudicielles posées par la Cour du travail de Bruxelles. Dans cette affaire, se posait la question de la possibilité et des modalités de réaction de l'État d'accueil lorsqu'il estime que la réglementation de sécurité sociale de l'État d'envoi n'est pas respectée. La Cour du travail s'interrogeait notamment sur le point de savoir si elle était compétente pour vérifier si il demeurait un lien organique entre l'entreprise détachante et les travailleurs détachés, et donc pour s'assurer que le formulaire A1 correspondait bien à la réalité. En filigrane de cette question, le juge national se demandait également s'il pouvait

Règlement (CE) n° 883/2004, interprété par la décision A2 de la CACSS du 12 juin 2009).

Cela peut donner lieu à un type de fraude qui peut être qualifiée de fraude à l'établissement. Elle consiste à installer fictivement son établissement dans un pays étranger et à détacher ensuite des salariés alors que leur activité dans le pays d'accueil est régulière et sans limite dans le temps. Ce montage permet d'appliquer au salarié, la législation du pays où est établie l'entreprise et non celle du pays d'accueil. Les entreprises qui pratiquent la fraude à l'établissement ont ainsi l'essentiel de leur activité en Belgique, emploient parfois des Belges, mais les déclarent comme salariés détachés (cette façon de faire se retrouve notamment dans le secteur du transport par route).

### 3. CONTRÔLE INSUFFISANT LORS DE LA DELIVRANCE DU FORMULAIRE A1

Il apparaît souvent que le contrôle des données reprises sur le formulaire A1 par l'État « émetteur » est pour la plupart du temps insuffisant.

Dans certains États (France et Allemagne), la compétence de délivrer ces formulaires est organisée de manière décentralisée. Si l'institution compétente doit, en principe, vérifier si les conditions du détachement sont réunies et garantir l'exactitude des données reprises sur la déclaration de détachement à l'égard des institutions et des services d'inspection étrangers, dans la pratique, ce contrôle n'est pas toujours effectué de manière scrupuleuse par chaque institution émettrice du document et/ou chaque institution n'est pas en mesure de contrôler tous les éléments repris sur le formulaire. La manière avec laquelle le formulaire va être complété par l'employeur demandeur sera dès lors généralement déterminante et le formulaire sera souvent délivré en se fondant sur la bonne foi du demandeur. En raison de l'augmentation du nombre de détachements et de la pression exercée par les entreprises pour se voir délivrer rapidement le document demandé, l'institution concernée n'est pas en mesure de contrôler attentivement chaque demande.

De plus, les institutions en charge de la délivrance du formulaire A1 n'ont pas toujours la possibilité de vérifier si les données qui figurent dans la demande de l'employeur sont correctes et se fondent sur la bonne foi du demandeur. Or, une fois le formulaire délivré, les organes de sécurité sociale et les juridictions de l'État où la personne est (temporairement) occupée sont liés par les éléments repris dans le formulaire A1. Ce n'est que dans le cas où l'institution compétente pour délivrer le formulaire A1 le retire qu'un assujettissement dans le pays de travail (temporaire) peut avoir lieu.

En cas de doute sur la validité d'un formulaire A1 ou sur son contenu, l'institution de sécurité sociale compétente du pays où le travailleur est détaché doit demander à l'institution émettrice les éclaircissements nécessaires et, éventuellement, le retrait

ne pas tenir compte d'un formulaire A1 qui ne correspond plus à la réalité et, par conséquent, décider de l'assujettissement à la sécurité sociale du pays d'emploi. En 2003, la Cour de cassation avait déjà posé le principe de l'incompétence du juge national de l'État d'emploi pour juger de la validité et de la véracité du formulaire A1 (Cass., 2 juin 2003, non publié, n° RC03622-1, cité par H. VERSCHUEREN, « Sécurité sociale et détachement au sein de l'Union européenne - l'affaire Herbosch Kiere : une occasion manquée dans la lutte contre le dumping social transfrontalier et la fraude sociale », *Rev. belge de Sécurité sociale*, 3/2006, Ed. SPF Sécurité sociale, p. 410).

Les questions préjudicielles de la Cour d'appel visaient à cerner de façon plus détaillée le rôle du juge de l'État d'accueil en présence d'un formulaire A1. Dans son arrêt prononcé en 2006, la Cour de Justice rend un enseignement similaire à celui contenu dans l'arrêt de la Cour de cassation.

du formulaire (cela se fera, le plus souvent, à la suite d'une enquête menée par un service d'inspection dans l'État d'accueil). Une procédure assez longue de dialogue et de conciliation a été mise en œuvre à cet égard entre les États-membres concernés<sup>39</sup>. L'institution étrangère doit accuser réception de la demande dans les dix jours ouvrables de la réception de celle-ci. Elle doit informer l'institution belge du résultat de l'examen du dossier dans les trois mois de la demande. Ce délai peut être prolongé de trois mois.

À défaut d'accord entre l'institution belge et le pays d'envoi sur la validité d'un formulaire A1, ou à défaut de réponse du pays d'envoi dans les six mois, les institutions compétentes des pays d'envoi et d'emploi désignent des personnes de contact pour chaque dossier de contestation (conciliation board)<sup>40</sup>. Ces personnes tentent de trouver un accord dans les six semaines de leur désignation.

À défaut d'accord, les autorités compétentes doivent saisir la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale<sup>41</sup>. Elle est chargée de concilier les interprétations divergentes des dispositions du règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale dans les six mois de sa saisine. Depuis 2010, la Commission administrative a créé, en son sein, un comité de conciliation afin de l'assister dans ses travaux lorsque des membres ont une interprétation divergente des Règlements (CE) n° 883/2004 et n° 987/2009. Quand la Commission administrative est saisie par les autorités compétentes, elle transmet le dossier au comité de conciliation qui tente de concilier les parties et qui rédige à son intention un avis juridique.

Relevons à cette occasion que l'article 72 du Règlement (CE) n° 883/2004 relatif aux tâches de la Commission administrative précise que l'intervention de cette Commission pour traiter de toute question découlant des dispositions de ce Règlement ou du Règlement d'application (CE) n° 987/2009 doit être faite « sans préjudice du droit des autorités, institutions et personnes intéressées de recourir aux procédures et aux juridictions prévues par les législations des États-membres, par le présent Règlement et par le Traité ».

### E. Difficultés en matière de perception des cotisations de sécurité sociale

Le contrôle du paiement effectif des cotisations de sécurité sociale dans l'État compétent relève exclusivement de la compétence de cet État. La délivrance de la déclaration de « législation applicable » implique que des cotisations sont effectivement payées dans cet État. Or, en cas de détachement (par exemple), l'État compétent ignore généralement le nombre d'heures réellement effectuées dans le pays d'accueil et la rémunération payée pour ces prestations. La déclaration incomplète de la rémunération dans l'État-membre compétent est un phénomène difficile à enrayer.

<sup>39</sup> Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale – Décision A1 du 12 juin 2009 concernant l'établissement d'une procédure de dialogue et de conciliation relative à la validité des documents, à la détermination de la législation applicable et au service des prestations au titre du Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil.

<sup>40</sup> Pour la Belgique, ce rôle est joué par la Direction générale Appui stratégique du SPF Sécurité sociale.

<sup>41</sup> Articles 71 à 73 du Règlement (CE) n° 883/2004 et article 5 du Règlement (CE) n° 987/2009. La Commission administrative est un organisme spécialisé de la Commission européenne. Elle est composée d'un représentant gouvernemental de chacun des États-membres. Un représentant de la Commission des Communautés européennes participe, avec voix consultative, aux réunions de la Commission administrative.

La possession du formulaire A1 n'implique pas nécessairement que les cotisations de sécurité sociale dues ont été entièrement payées.

#### F. Difficultés posées dans le cadre de contrôles menés par les services d'inspection

Outre ce qui vient d'être exposé, lorsqu'ils effectuent un contrôle auprès d'une entreprise qui occupe des travailleurs détachés, les services d'inspection peuvent être confrontés à des difficultés pratiques que sont :

- l'absence de représentant légal sur le lieu de travail ;
- l'absence de tenue de documents sociaux qui rend notamment impossible la vérification d'éléments liés aux circonstances de l'occupation (temps de travail, salaire, jours et pécule de vacances, cotisations payées, frais forfaitaires éventuels, etc.) ;
- l'absence de réponse de la personne physique ou morale qui est reprise comme étant l'employeur et qui est établie à l'étranger.

#### V. Principales formes de fraude rencontrées en matière de détachement

Au regard de ce qui vient d'être exposé, les formes de fraude en matière de détachement à partir de différents pays de l'Union européenne sont multiples. Citons notamment :

- l'absence de formulaire A1 lors du contrôle (ce qui hypothèque les suites d'un contrôle efficace) ;
- les faux statuts (les travailleurs détachés le sont sous un statut d'indépendant, alors qu'ils travaillent sous l'autorité d'un employeur – très fréquent dans les secteurs de la construction, de l'industrie alimentaire et de l'informatique) ;
- le recrutement, dans le pays d'accueil, de travailleurs qui se trouvent déjà dans cet État et qui deviennent des « faux indépendants » ou de travailleurs qui sont enregistrés comme indépendants dans le pays « détachant » juste avant le détachement et qui ne sont pas enregistrés, n'ont pas de contrat et perçoivent la rémunération en liquide<sup>42</sup> ;
- le détachement de travailleurs munis de formulaires A1 sans qu'une condition du détachement (voire plusieurs) soit remplie (par exemple, l'employeur n'exerce pas une partie substantielle de son activité dans le pays d'envoi) – avec sa forme ultime, à savoir : des travailleurs qui habitent et travaillent en permanence en Belgique, mais sont inscrits dans une firme étrangère et détachés dans notre pays par cette entreprise étrangère qui n'a pas d'activité réelle (« entreprise boîte postale ») ;
- des « montages » en matière de détachements : le détachement frauduleux est réalisé par le biais d'entreprises et de filiales d'entreprises établies dans différents pays européens (exemple : une entreprise située dans un pays n° 1 qui contracte avec un donneur d'ordres belge pour effectuer un travail dans notre pays. Cette firme située dans ce pays n° 1 n'effectue pas le travail elle-même mais sous-traite à une firme située dans un pays n° 2 qui, à son tour, sous-traite à deux firmes situées dans un pays n° 3 qui détachent à leur tour leurs travailleurs en Belgique) ;
- des firmes qui se « spécialisent » dans le détachement (exemple : une entreprise de travail intérimaire située dans un pays n° 1 qui engage des travailleurs originaires d'un pays n° 2 qu'elle détache immédiatement en Belgique ; des bureaux d'intérim établis dans un pays X qui engagent des pilotes qui effectuent des prestations dans

<sup>42</sup> J. CREMERS, « À la recherche de main-d'œuvre bon marché en Europe. Conditions de travail et de vie des travailleurs détachés », European Institute for construction labour Research, CLR Studies 6, 2011, p. 49.

d'autres États-membres). À cet égard, se pose la difficulté d'établir l'infraction de prêt de personnel interdite en application de l'article 31 de la loi du 24 juillet 1987 sur le travail temporaire, le travail intérimaire et la mise de travailleurs à la disposition d'utilisateurs ;

- des travailleurs qui sont détachés en cascade via des entreprises (dites de portage salarial) qui interviennent comme intermédiaires entre l'entreprise utilisatrice de l'État d'accueil et l'entreprise « détachante » ;
- la délivrance de faux formulaires A1 à un groupe de travailleurs.

Les secteurs d'activité concernés par ces fraudes sont également multiples : construction, nettoyage, informatique, métal, industrie de la viande, transport, etc.

#### VI. Difficultés spécifiques quant à l'application de la Directive 96/71/CE

À côté des règles relatives à la sécurité sociale que nous venons de présenter, nous avons vu qu'une autre norme internationale a été prise pour garantir une application minimale du droit du travail du pays d'accueil (c'est-à-dire là où le travail est exécuté) et éviter, par voie de conséquence, un dumping social. Il s'agit de la Directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 du Parlement européen et du Conseil concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services dite « directive détachement », qui a précisé quelles sont les dispositions relatives aux conditions de travail et d'emploi du pays d'accueil qui sont applicables aux travailleurs détachés<sup>43</sup>. Selon l'article 1<sup>er</sup> de cette Directive, la prestation de service peut consister :

- soit dans l'exécution de travaux par une entreprise, pour son compte propre et sous sa direction, dans le cadre d'un contrat conclu entre cette entreprise et le destinataire de la prestation de service (pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement) ;
- soit dans l'exécution de travaux dans un établissement ou une entreprise appartenant au groupe (pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement) ;
- soit dans la mise à disposition de travailleurs, en vue de leur utilisation par une entreprise dans le cadre d'un marché public ou privé (pour autant qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise de travail intérimaire ou l'entreprise qui met un travailleur à disposition et le travailleur pendant la période de détachement).

Le contrôle de cette Directive européenne pose de sérieuses difficultés, liées ici aussi au caractère normalement temporaire du détachement et à la confrontation de systèmes juridiques différents. Il appartient ainsi aux services d'inspection sociale du Royaume, avant d'imposer une quelconque réglementation, de s'assurer qu'une disposition comparable pour l'essentiel à la norme belge eu égard à la finalité de la Directive (la sauvegarde des intérêts des travailleurs) existe dans l'État d'origine et ce, pour l'ensemble des travailleurs détachés et pour toute la période de détachement<sup>44</sup>. Une autre difficulté a trait à la langue. Les services d'inspection sociale sont en effet confrontés à devoir consulter des documents sociaux rédigés dans la langue d'origine des travailleurs détachés pour s'assurer de la bonne application du droit du travail interne.

<sup>43</sup> Voir article 3 de la Directive 96/71/CE.

<sup>44</sup> C.J.C.E., 23 novembre 1999, aff. n° C-369/96 et n° C-376/96.

La loi du 5 mars 2002, qui a assuré dans notre pays la transposition de la Directive 96/71, précise que l'entreprise qui détache des travailleurs dans un autre État-membre doit respecter le noyau dur des règles impératives minimales du pays d'accueil. Si aucune énumération des règles qui sont applicables aux travailleurs détachés ne figure dans la réglementation belge, il est cependant mentionné dans la loi du 5 mars 2002 que les règles concernées sont les règles relatives aux conditions de travail, de rémunération et d'emploi qui sont déterminées par des dispositions sanctionnées pénalement. Il faut cependant que les dispositions en cause soient suffisamment précises et accessibles.

Sont donc notamment visées les dispositions relatives à la protection de la rémunération (loi du 12 avril 1965 et ses arrêtés d'exécution), la réglementation relative au temps de travail (loi du 16 mars 1971 sur le travail), la réglementation relative aux vacances annuelles des travailleurs salariés (lois coordonnées du 28 juin 1971 et ses arrêtés d'exécution) et celle concernant la tenue et la conservation des documents sociaux (arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux et ses arrêtés d'exécution).

#### A. Rémunération minimale

En ce qui concerne la surveillance du respect par une entreprise qui détache des travailleurs en Belgique de la réglementation relative à la protection de la rémunération, cette surveillance implique d'examiner le respect de la rémunération minimale fixée notamment par une convention collective de travail. La question se pose de savoir quels sont les éléments faisant partie de la rémunération. En effet, lorsqu'il est procédé à l'examen du respect du paiement de la rémunération minimale, c'est sur l'ensemble des éléments faisant partie de la rémunération qu'il faut se pencher et non uniquement sur le montant du salaire<sup>45</sup>.

Pour vérifier si le travailleur perçoit le salaire minimum, il faut donc confronter tous les éléments de la rémunération perçue par le travailleur avec ce qui lui est dû en vertu de la réglementation belge.

Un employeur étranger doit tenir et conserver « une copie des documents relatifs à la rémunération prévus par la législation du pays où est établi l'employeur et qui sont équivalents au compte individuel » (article 6<sup>quater</sup>, arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux). Ces documents doivent comporter des informations similaires à celles contenues dans le décompte de paie et le compte individuel. Ils doivent permettre de contrôler le montant de rémunération payée par

<sup>45</sup> Le législateur belge a défini, dans l'article 5, § 1, alinéa 2, de la loi du 5 mars 2002, les conditions de rémunération comme étant les rémunérations, avantages et indemnités dus en vertu des conventions collectives de travail, rendues obligatoires par le Roi conformément à la loi du 5 décembre 1968 sur les conventions collectives de travail et les commissions paritaires, à l'exclusion des contributions à des régimes complémentaires de retraite professionnels. Les allocations directement liées au détachement sont considérées comme faisant partie des conditions de rémunération dans la mesure où elles ne sont pas versées à titre de remboursement des dépenses effectivement encourues à cause du détachement, telles que les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture.

En vertu de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes (C.J.C.E., 14 avril 2005, Commission c/ Allemagne, n° C-341/02), doivent être repris comme éléments faisant partie du salaire minimal certaines primes, telle que celle versée au titre de treizième mois de salaire, ainsi que les cotisations acquittées par les employeurs établis dans d'autres États-membres auprès des caisses de congé et de compensation comparables à celles existant dans l'État d'accueil, car ces montants parviennent directement ou indirectement au travailleur détaché dans l'autre État-membre. Par contre, ne doivent pas être pris en considération des éléments faisant partie du salaire minimal tels que les majorations et les suppléments, tels que des primes de qualité, versés par des employeurs établis dans d'autres États-membres à leurs salariés qui sont détachés dans cet État-membre.

l'employeur mais on ne peut exiger de l'employeur d'autres documents si les informations fournies par les documents exigés par la réglementation de l'État-membre d'établissement sont suffisantes mais présentent certaines différences de forme ou de contenu avec les documents conformes à la réglementation belge<sup>46</sup>.

Or, beaucoup d'entreprises étrangères paient à leurs travailleurs un montant global qui inclut tant le salaire, que des primes diverses et des remboursements de frais (système dit du « panier »). Il est très difficile, voire souvent impossible, d'isoler ces différents éléments qui figurent sur le document étranger équivalant au compte individuel et, par conséquent, de vérifier si le salaire minimal a effectivement été payé. Cette condition pourrait être considérée comme étant remplie alors que le montant en cause comprend le remboursement de certains frais à charge de l'employeur mais qui ont été avancés par le travailleur.

En effet, ces documents ne sont généralement pas établis dans une des trois langues nationales, ni en anglais et les éléments composant le « salaire » qui correspondent aux codes utilisés sur le document social ne sont pas toujours identifiables pour les inspecteurs sociaux compétents.

La vérification du respect des normes belges en matière de paiement du salaire minimal est donc rendu très compliquée en pratique et, souvent, le temps de procéder à cette vérification, la période de détachement est écoulée et les travailleurs ont quitté le territoire belge.

#### B. Documents sociaux

En ce qui concerne les documents sociaux, la réglementation belge<sup>47</sup> impose aux employeurs de conserver un certain nombre de documents sociaux tels que le règlement de travail, le compte individuel et le registre du personnel. En cas de détachement de travailleurs en Belgique, l'employeur étranger devrait en principe établir et conserver les mêmes documents. Il existe néanmoins une dérogation à ce principe pour les employeurs qui ont fait une déclaration LIMOSA ou pour ceux qui en sont exemptés et ce, pendant les douze premiers mois du détachement<sup>48</sup>. Au-delà des douze premiers mois de détachement, tous les documents sociaux requis par la réglementation belge doivent donc être également tenus pour les travailleurs détachés en Belgique. Les services de contrôle compétents peuvent demander à l'entreprise étrangère de tenir à disposition, pendant la période d'activité sur le territoire belge (sur le chantier ou à un autre lieu accessible), des documents sociaux et de travail ainsi que des preuves du paiement aux travailleurs détachés du salaire minimal fixé par la réglementation belge.

<sup>46</sup> C.J.C.E., 23 novembre 1999, n° C-369/96 et n° C-376/96, affaires jointes Arblade et Arblade Leloup, *Rec.* p. I-8453 ; CJUE, 7 octobre 2010, n° C-515/08, Dos Santos Palhota, *J.T.T.*, 2010, p. 417.

<sup>47</sup> Arrêté royal n° 5 du 23 octobre 1978 relatif à la tenue des documents sociaux, *M.B.*, 2 décembre 1978 ; arrêté royal du 8 août 1980 relatif à la tenue des documents sociaux, *M.B.*, 27 août 1980.

<sup>48</sup> Dans ce cas, l'employeur est exonéré pendant les 12 premiers mois du détachement de l'obligation de constituer et de conserver certains documents sociaux (arrêté royal du 1<sup>er</sup> avril 2007 fixant les modalités d'exécution du régime simplifié de tenue des documents sociaux pour les entreprises qui détachent des travailleurs en Belgique, *M.B.*, 12 avril 2007). Concernant les documents sociaux relatifs au salaire (compte individuel et fiche de salaire), ils sont exonérés à la condition que des « documents équivalents » aient été établis en vertu de la législation du pays d'origine. Si l'employeur n'a pas ces documents, il doit établir un compte individuel et une fiche de salaire conforme à la réglementation belge.

En vérifiant les documents sociaux et de travail, les services ont la possibilité de vérifier si un employeur respecte les conditions de rémunération et de travail (dont les horaires de travail)<sup>49</sup>.

Lorsque les documents sociaux exigés ne sont pas tenus sur le lieu de travail, par exemple, car ils sont tenus au domicile d'une personne physique désignée comme mandataire ou préposé de l'employeur ou parce qu'ils n'ont pas du tout été établis, les services d'inspection compétents ne peuvent les consulter (dans un délai raisonnable) et procéder (à temps) aux vérifications reprises ci-avant.

### C. Temps de travail

En matière de temps de travail de nombreux abus sont constatés par rapport au respect de la réglementation relative au temps de travail à l'égard des travailleurs détachés. Nombre d'entre eux travaillent plus longtemps que le nombre d'heures maximum. Cela arrive notamment lorsqu'un sous-traitant pour lequel ces travailleurs détachés sont occupés dans l'État d'accueil est payé sur la base d'un forfait constitué d'un nombre d'heures fixé à l'avance et dans lequel il doit achever le travail qui lui est confié.

Ces travailleurs effectuent dès lors des heures supplémentaires et ils bénéficient de périodes de repos plus courtes que ce qu'autorise la réglementation nationale dont les conventions collectives<sup>50</sup>. Dans l'hypothèse où les travailleurs concernés sont détachés pour de courtes périodes, rien ne permet de garantir que ces travailleurs pourront effectivement bénéficier des heures de récupération « acquises » dans l'État d'accueil.

### D. Assujettissement dans le pays tiers des rémunérations payées

Comme exposé ci-avant, dans l'hypothèse où le salaire minimal fixé par la législation nationale du pays d'accueil n'a pas été payé aux travailleurs détachés et qu'au terme d'une enquête, l'employeur ou son mandataire en Belgique sont contraints de leur verser un montant complémentaire. Toutefois, rien ne permet de garantir que les montants complémentaires dus aux travailleurs concernés, à la suite de cette procédure, leur seront effectivement payés (exemple : ce montant ne leur est jamais payé ou ils sont tenus de le restituer dès leur retour dans l'État d'emploi) ni qu'ils seront déclarés à l'institution de sécurité sociale de l'État compétent. Comme relevé *supra*, les mêmes difficultés sont constatées dans l'hypothèse où un contrat d'entreprise est requalifié en contrat de travail salarié.

## VII. Solutions au niveau national

En vue de décourager ou de contrer les effets des abus relevés ci-avant dans le cadre de la mobilité internationale, plusieurs outils ont été adoptés au sein de notre arsenal juridique. En outre, la coopération entre les institutions belges concernées tend à se renforcer. Nous présenterons ci-après quatre de ces mesures.

<sup>49</sup> Plus précisément, les documents sociaux doivent notamment permettre de vérifier que les dispositions sociales contenues dans d'autres lois, arrêtés et conventions collectives de travail sont respectées et que les calculs sont correctement établis (exemples : la sécurité sociale, les vacances annuelles, l'assurance maladie-invalidité, la durée du travail, les jours fériés, les conventions collectives de travail, les contrats de travail, la rémunération, les élections sociales). SPF Emploi, Travail et Concertation sociale, « Les documents sociaux », <http://www.emploi.belgique.be>.

<sup>50</sup> Illustration de la même problématique en Espagne in J. CREMERS, « A la recherche de main-d'œuvre bon marché en Europe. Conditions de travail et de vie des travailleurs détachés », European Institute for construction labour Research, CLR Studies 6, 2011, p. 48.

## A. Déclaration LIMOSA

### 1. INTRODUCTION

La déclaration LIMOSA a été adoptée par la loi-programme (I) du 27 décembre 2006<sup>51</sup> et exécutée par l'arrêté royal du 20 mars 2007<sup>52</sup>. Elle tient son nom de l'acronyme du néerlandais « Landenoverschrijdend Informatiesysteem ten behoeve van Migratieonderzoek bij de Sociale Administratie » (système d'information transfrontalier en vue de la recherche en matière de migration auprès de l'administration sociale). Le législateur l'a ainsi abrégé puisque le 'limosa' est un oiseau migrateur, ce qui colle bien à l'objet même de cette déclaration.

Jusqu'il y a peu, la déclaration LIMOSA concernait les travailleurs salariés, les travailleurs indépendants ainsi que les stagiaires détachés. La notion de détaché englobe ici toutes les personnes qui fournissent une prestation de travail temporairement ou partiellement en Belgique et qui soit, travaillent habituellement sur le territoire d'un ou plusieurs autres pays que la Belgique, soit sont engagés dans un autre pays que la Belgique.

La déclaration doit être effectuée avant que les activités ne commencent sur le territoire, et elle doit, en principe se faire par voie électronique. Tant l'employeur étranger que son préposé peuvent faire la déclaration. Il en est de même pour les indépendants et les stagiaires. Lorsque la déclaration est faite, le travailleur reçoit immédiatement un accusé de réception électronique.

Celle-ci doit contenir un certain nombre de données afin d'informer les services compétents de l'identité des personnes et de la durée du détachement.

Lorsque la durée du détachement est plus longue que celle prévue au moment de la déclaration préalable, une nouvelle déclaration doit être introduite avant la fin du terme de la première.

Initialement, existaient deux types de déclaration, à savoir les déclarations « ordinaires » et les déclarations « simplifiées ». Celles-ci étaient utilisées en cas d'exercice d'une activité dans plusieurs pays dont une activité substantielle en Belgique qui nécessite des fréquents et courts séjours sur le territoire. Les données demandées dans le cadre de la déclaration simplifiée étaient similaires à celles de la déclaration « ordinaire » hormis que n'y figuraient pas le lieu d'occupation ni, pour un indépendant, le client en Belgique. Cette déclaration ne pouvait être utilisée dans le secteur de la construction ni dans celui du travail intérimaire.

### 2. LA LIMOSA CONFRONTÉE AU DROIT EUROPÉEN

Cette réglementation a connu des évolutions notamment suite à un arrêt de la Cour de Justice du 19 décembre 2012<sup>53</sup>.

Au mois de décembre 2010, la Commission européenne a introduit un recours contre cette réglementation devant la Cour de Justice de l'Union européenne. Elle attaquait

<sup>51</sup> Chapitre 8 du Titre IV de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006, *M.B.*, 28 décembre 2006.

<sup>52</sup> Arrêté royal du 20 mars 2007 pris en exécution du chapitre 8 du Titre IV de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 instaurant une déclaration préalable pour les travailleurs salariés et indépendants détachés, *M.B.*, 28 mars 2007.

<sup>53</sup> CJUE, 19 décembre 2012, n° C-577/10, *Commission c/ État belge*.

principalement la déclaration obligatoire applicable aux indépendants et les sanctions pénales y afférentes.

La Commission faisait valoir, en premier lieu, que les dispositions en cause constituaient une restriction discriminatoire à la libre prestation des services, l'obligation de déclaration préalable ne pesant que sur les prestataires de services indépendants établis dans un État-membre autre que le Royaume de Belgique.

La Commission contestait également la finalité de la déclaration préalable, en tant que rempart contre le dumping social nécessaire pour préserver l'équilibre financier de la sécurité sociale. Selon la Commission, il existait déjà des mécanismes européens permettant d'obtenir les mêmes résultats.

Dans son arrêt rendu le 19 décembre 2012, la Cour a considéré que l'obligation de déclaration préalable des travailleurs indépendants étrangers était de nature à gêner la fourniture de services sur le territoire belge par des prestataires de services indépendants établis dans un autre État-membre. Ladite obligation constituait donc une entrave à la libre prestation des services.

La Cour y a admis que les prestataires de services indépendants établis dans un État-membre autre que le Royaume de Belgique et qui se rendent temporairement sur le territoire de ce dernier État-membre pour y fournir des services se trouvent dans une situation objectivement différente de celle dans laquelle se trouvent les prestataires de services indépendants établis sur le territoire belge et qui fournissent sur celui-ci des services de manière permanente<sup>54</sup>. La Cour a également affirmé que les objectifs de lutte contre la fraude, notamment sociale, et de prévention des abus peuvent être considérés comme des exigences impérieuses d'intérêt général susceptibles de justifier une restriction à la libre prestation des services, ces objectifs se rattachant notamment aux objectifs de prévention de la concurrence déloyale et du dumping social<sup>55</sup>, comme l'avait également relevé l'avocat général dans ses conclusions<sup>56</sup>.

La Cour a cependant estimé que les dispositions en cause n'étaient pas proportionnées aux objectifs poursuivis car elles visaient tous les prestataires de services même ceux qui ne sont pas soumis à des obligations fiscales et sociales sur le sol belge. Elles reposaient donc, à l'estime de la Cour, sur une présomption générale de fraude, les déclarations en cause n'étant pas limitées aux hypothèses dans lesquelles il y a lieu de vérifier le respect de ces obligations fiscales et sociales.

Les données demandées aux travailleurs indépendants détachés qui figuraient à l'article 4, § 2, de l'arrêté royal précité du 20 mars 2007 n'étaient, selon la Cour, pas justifiées au regard des objectifs poursuivis<sup>57</sup>. Dans un premier temps, la Belgique a

<sup>54</sup> Ainsi, le fait que les prestataires de services indépendants établis en Belgique ne soient pas soumis à des obligations strictement équivalentes, notamment en matière de renseignements à fournir, à celles découlant de l'obligation de déclaration en cause pour les prestataires de services indépendants établis dans un autre État-membre peut ainsi être attribué aux différences objectives existant entre ces deux catégories de prestataires de services indépendants. CJUE, n° C-577/10, pt. 48.

<sup>55</sup> CJUE, n° C-577/10, pt. 45.

<sup>56</sup> CJUE, n° C-577-10, Conclusions de l'avocat général M. PEDRO CRUZ VILLALON.

<sup>57</sup> Il s'agissait des données suivantes :

1° données d'identification du travailleur indépendant. Lorsque celui-ci dispose déjà d'un numéro d'entreprise ou numéro d'identification à la sécurité sociale s'il s'agit d'une personne physique qui n'a pas la qualité d'entreprise au sens de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions], ce numéro suffit ;

2° numéro d'identification national du pays d'origine s'il existe ;

répondu à cette condamnation en suspendant toutes les déclarations préalables imposées aux indépendants avant d'adopter l'arrêté royal du 19 mars 2013<sup>58</sup> modifiant l'arrêté royal du 20 mars 2007 précité.

Le rapport au Roi précise que n'ont été reprises que les données nécessaires à la réalisation des objectifs d'intérêt général tels que reconnus par la Cour.

Si l'arrêt de la Cour ne porte que sur les dispositions applicables aux travailleurs indépendants, le législateur a estimé prudent de modifier tant les dispositions relatives aux travailleurs salariés que celles concernant les travailleurs indépendants. Ainsi les données qui devront dorénavant être renseignées dans le cadre de la déclaration LIMOSA ont été simplifiées de sorte qu'il n'existe plus de distinction entre des déclarations « ordinaires » et des déclarations « simplifiées »<sup>59</sup>. Par conséquent, la LIMOSA émise pour un détachement ne peut être distinguée d'une LIMOSA émise en cas d'occupation simultanée.

3° date de début du détachement en Belgique ;

4° durée prévisible du détachement en Belgique ;

5° lieu où les prestations de travail sont effectuées en Belgique ;

6° type de prestations de services effectuées dans le cadre du détachement ;

7° numéro de TVA du pays d'origine s'il existe ou numéro d'entreprise s'il en dispose ;

8° données d'identification relatives au mandataire qui effectue la déclaration préalable. Lorsque celui-ci dispose déjà d'un numéro d'entreprise ou numéro d'identification à la sécurité sociale s'il s'agit d'une personne physique qui n'a pas la qualité d'entreprise au sens de la loi précitée du 16 janvier 2003, ce numéro suffit ;

9° données d'identifications relatives à l'utilisateur belge. Lorsque celui-ci dispose d'un numéro d'entreprise ou d'un numéro d'identification à la sécurité sociale s'il s'agit d'une personne physique qui n'a pas la qualité d'entreprise au sens de la loi précitée du 16 janvier 2003, ce numéro suffit.

<sup>58</sup> Arrêté royal du 19 mars 2013 modifiant l'arrêté royal du 20 mars 2007 pris en exécution du chapitre 8, du Titre IV de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006, *M.B.*, 27 mars 2013. Entrée en vigueur : 1<sup>er</sup> juillet 2013.

<sup>59</sup> Pour les travailleurs salariés détachés, la déclaration visée à l'article 140 de la loi-programme précitée du 27 décembre 2006 reprend dorénavant les catégories de données suivantes :

1° données d'identification du travailleur dont le numéro national d'identification dans le pays d'origine s'il existe. Si celui-ci dispose d'un numéro d'identification du Registre national ou d'un numéro d'identification de la Banque-Carrefour de la sécurité sociale visé à l'article 8 de la loi précitée du 15 janvier 1990, ce numéro suffit ;

2° données d'identification de l'employeur et de son mandataire si ce dernier effectue la déclaration de détachement. Lorsque ceux-ci disposent déjà d'un numéro d'entreprise ou numéro d'identification à la sécurité sociale, s'il s'agit d'une personne physique qui n'a pas la qualité d'entreprise au sens de la loi du 16 janvier 2003 portant création d'une Banque-Carrefour des Entreprises, modernisation du registre de commerce, création de guichets-entreprises agréés et portant diverses dispositions, ce numéro suffit ;

3° données d'identification relatives à l'utilisateur belge. Lorsque celui-ci dispose d'un numéro d'entreprise ou d'un numéro d'identification à la sécurité sociale, s'il s'agit d'une personne physique qui n'a pas la qualité d'entreprise au sens de la loi précitée du 16 janvier 2003, ce numéro suffit ;

4° la date prévue de début et de fin du détachement en Belgique ;

5° l'horaire de travail ;

6° la mention du détachement du travailleur comme intérimaire ou non, ainsi que la mention suivant laquelle dans le cadre du détachement, le salarié exécute ou non des activités relevant du secteur de la construction ;

7° le lieu où les prestations sont effectuées en Belgique.

§ 2. Pour les travailleurs indépendants détachés, la déclaration visée à l'article 154 de la loi-programme précitée du 27 décembre 2006 reprend dorénavant les catégories de données suivantes :

1° données d'identification du travailleur indépendant, dont son numéro national d'identification ou son numéro TVA dans le pays d'origine, s'il existe. Lorsque celui-ci dispose déjà d'un numéro d'entreprise ou numéro d'identification à la sécurité sociale s'il s'agit d'une personne physique qui n'a pas la qualité d'entreprise au sens de la loi précitée du 16 janvier 2003, ce numéro suffit ;

2° données d'identifications relatives à l'utilisateur belge. Lorsque celui-ci dispose d'un numéro d'entreprise ou d'un numéro d'identification à la sécurité sociale s'il s'agit d'une personne physique qui n'a pas la qualité d'entreprise au sens de la loi précitée du 16 janvier 2003, ce numéro suffit ;

3° la date prévue de début et de fin du détachement en Belgique ;

4° le lieu où des prestations de travail sont effectuées en Belgique ;

5° la mention suivant laquelle dans le cadre du détachement, le travailleur indépendant exécute ou non des activités relevant du secteur de la construction.

En ce qui concerne les travailleurs détachés, le numéro d'identification national du pays d'origine, le type de services prestés dans le cadre du détachement et la durée du travail hebdomadaire ne doivent dorénavant plus être mentionnés, ces données figurant dans les documents sociaux émis pour ces travailleurs.

Les travailleurs indépendants ne doivent plus communiquer le numéro d'identification national du pays d'origine, le type de services prestés dans le cadre du détachement, le numéro de TVA ou d'entreprise dans le pays d'origine, ni les données d'identification concernant le mandataire faisant la déclaration susmentionnée.

De plus, si la déclaration simplifiée est supprimée, une déclaration unique pour une période de maximum douze mois renouvelable peut être émise pour les travailleurs, salariés ou non, qui exercent régulièrement des activités sur le territoire belge<sup>60</sup>. Les exceptions applicables dans le secteur de la construction et du travail intérimaire ont été maintenues.

Le 27 novembre 2013, toujours dans le prolongement de l'arrêt de la Cour de Justice, une nouvelle loi est publiée, celle-ci supprime toute référence aux stagiaires indépendants et salariés à l'égard desquels l'obligation de déclaration LIMOSA est donc abandonnée<sup>61</sup>.

En juin 2013<sup>62</sup>, la LIMOSA attirait à nouveau l'attention de la Cour par l'introduction d'une question posée par le tribunal de première instance de Malines<sup>63</sup>.

Les faits à l'origine de cette question concernent une entreprise sise en Belgique qui a fondé en Pologne une société sœur. Lors d'un contrôle effectué en mai 2008 au siège de la société situé en Belgique, quatre travailleurs polonais détachés par la société sœur polonaise ont été constatés au travail par les services d'inspection sociale. Aucun formulaire A1 (E101 à l'époque des faits), n'avait pu être présenté pour les travailleurs concernés ni aucune déclaration LIMOSA. L'enquête a ensuite démontré qu'aucune déclaration A1 n'avait été faite préalablement à l'occupation de ces travailleurs. Un procès-verbal a été établi à l'encontre de l'utilisateur établi en Belgique<sup>64</sup>. En effet, en vertu de l'article 141 de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006, les utilisateurs finaux doivent effectuer une déclaration d'absence de déclaration préalable lorsque les travailleurs salariés ou stagiaires détachés ne sont pas en mesure de présenter leur accusé de réception LIMOSA.

<sup>60</sup> « Au sens du présent arrêté, on entend par exercer régulièrement des activités sur le territoire de la Belgique et d'un ou de plusieurs autres pays : une activité qui est exercée de façon structurelle dans différents pays dont une partie substantielle en Belgique, en raison de laquelle la personne concernée est présente en Belgique pour de fréquents courts séjours à caractère professionnel », article 5, alinéa 3, de l'arrêté royal précité du 20 mars 2007.

<sup>61</sup> Loi du 11 novembre 2013 modifiant le chapitre 8 du titre IV de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 et le Code pénal social, *M.B.*, 27 novembre 2013.

<sup>62</sup> CJUE, 9 août 2013, Question préjudicielle n° C-315-13, De Clercq e.a., *J.O.* C 252 du 31.08.2013, p. 21.

<sup>63</sup> Trib. 1<sup>re</sup> inst. Malines, 28 novembre 2012, R.G. n° S 08/256.

<sup>64</sup> À l'époque des faits, les infractions à la réglementation LIMOSA étaient sanctionnées par la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 précitée, qui est à présent modifiée par la loi du 6 juin 2010 introduisant le Code pénal social qui dispose en son article 183, alinéa premier que :

*Est punie d'une sanction de niveau 3, toute personne auprès de laquelle ou pour laquelle sont occupés des travailleurs salariés détachés et des stagiaires détachés, directement ou en sous-traitance qui, en contravention au chapitre VIII du titre IV de la loi-programme (I) du 27 décembre 2006 et de ses arrêtés d'exécution, n'a pas communiqué, par voie électronique et selon les modalités déterminées par le Roi à l'Office national de sécurité sociale préalablement au début de l'occupation de ces personnes, les données d'identification des personnes qui ne sont pas en mesure de présenter un accusé de réception. La sanction de niveau 3 consiste en une amende pénale de 100 à 1.000 euros (article 102 du Code pénal social) à multiplier par les décimes additionnels et le nombre de travailleurs (article 183, § 2, du même Code).*

En cas de non-respect de cette obligation, les utilisateurs finaux sont passibles d'une sanction de niveau 3 (art. 183, Code pénal social<sup>65</sup>).

Le magistrat de Malines a posé la question préjudicielle suivante à la Cour :

« Faut-il considérer que l'article 141 qui a pour objet l'obligation pour les utilisateurs finaux de communiquer par voie électronique les données d'identification des travailleurs salariés ou stagiaires détachés qui ne sont pas en mesure de présenter l'accusé de réception LIMOSA, est contraire aux principes de libre circulation institués entre autres par les articles 56 et 57 du Traité de fonctionnement de l'Union européenne ? ».

Dès avant que la Cour de Justice ne se soit prononcée sur cette question, une nouvelle demande de décision préjudicielle relative à l'obligation de déclaration Limosa pour les travailleurs salariés a été déposée auprès d'elle par le tribunal de première instance de Turnhout le 5 février 2014<sup>66</sup>.

Elle est formulée en ces termes :

« L'obligation de déclaration préalable Limosa concernant les travailleurs salariés, prévue aux articles 137 à 152 de la loi-programme du 27 décembre 2006, est-elle incompatible avec la libre prestation des services garantie par l'article 49 et l'article 56 TFUE ? »

Le tribunal de première instance de Turnhout appelé à se prononcer dans l'affaire à l'origine de la nouvelle question préjudicielle, s'est posé la question de savoir si les obligations supplémentaires qui s'imposent, sous peine de sanctions pénales, à l'utilisateur final lorsque le prestataire de services est établi à l'étranger, constituent ou non une discrimination à l'encontre de ce prestataire au regard de la situation d'un prestataire de services établi en Belgique, étant donné qu'à l'estime du tribunal, il n'existe pas, dans ce cas, d'obligation de contrôle par l'utilisateur. Dans sa décision, le tribunal en question a rappelé la procédure introduite contre la déclaration Limosa concernant les travailleurs indépendants<sup>67</sup> qui a conduit à une modification de la réglementation et relève que la déclaration Limosa obligatoire concernant les travailleurs salariés ne faisait pas l'objet de la procédure devant la Cour. Le tribunal a dès lors estimé poser la question précitée à la Cour de justice.

On peut s'étonner que la question posée par le tribunal de première instance de Turnhout porte sur l'ensemble des dispositions relatives à l'obligation de déclaration Limosa pour les travailleurs salariés, alors que les préventions étaient plus particulièrement liées aux obligations de l'utilisateur final.

Cette matière est donc encore appelée à faire parler d'elle.

<sup>65</sup> À l'époque des faits, cette lacune constituait une infraction à l'article 141 du Chapitre B du titre IV de la loi-programme du 27 décembre 2006 (avant l'entrée en vigueur du Code pénal social).

<sup>66</sup> CJUE, Question préjudicielle n° C-56/14, De Beuckeleer e.a., <http://curia.europa.eu>.

<sup>67</sup> CJUE, 19 déc. 2012, C-577/10, Commission c. Belgique, <http://curia.europa.eu>.

### B. Collaboration administrative

Afin de mieux lutter contre le dumping social, les acteurs sur le terrain ont rapidement pris conscience qu'une collaboration structurelle devait être organisée entre les institutions et services d'inspection compétents en matière sociale et leurs homologues compétents en matière fiscale. En effet, l'examen fragmenté des informations économiques, fiscales, sociales ou financières ne donne qu'une idée partielle de la situation et est souvent insuffisant pour mettre à jour des liens plus latents dans les dossiers de fraude et pour initialiser les actions nécessaires ; ce n'est qu'en rassemblant des informations provenant de différents domaines que l'on peut formuler une réponse adéquate aux phénomènes de fraude qui constituent une menace pour le système économique, les finances de l'État et la sécurité sociale.

On peut citer deux initiatives prises dans ce domaine.

Premièrement, le protocole de collaboration signé, en 2006, entre les services d'inspection sociale, (les services de contrôle de l'Office National de l'Emploi ainsi que de l'Office National de Sécurité Sociale, le Contrôle des lois sociales du SPF Emploi, Travail et Concertation sociale, l'Inspection sociale du SPF Sécurité sociale) et l'Administration générale de lutte contre la fraude fiscale (Inspection Spéciale des Impôts du SPF Finances), à l'initiative du Comité fédéral de coordination de lutte contre le travail illégal et la fraude sociale, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 2007. À partir de cette date et dans le cadre de cet accord, une réunion trimestrielle est organisée, au niveau régional, entre le représentant de l'ISI et un représentant de tous les autres services d'inspection sociale. Cette réunion a pour objectif l'échange d'informations sur les dossiers de grande fraude.

Deuxièmement, l'accord de coopération en vue d'optimiser l'échange et l'utilisation de données fiscales et sociales conclu entre, d'une part, le SPF Finances et, d'autre part, le SPF Emploi, Travail et Concertation sociale, le SPF Sécurité sociale, l'Office National de Sécurité Sociale, l'Office National de l'Emploi, l'Institut National d'Assurance Maladie et Invalidité, le Service d'Information et de Recherche Sociale, signé le 15 décembre 2009. Cet accord de coopération a pour objectif d'optimiser :

- l'utilisation sociale et fiscale des informations susceptibles d'être échangées ;
- l'échange spontané et réciproque :
  - de l'information disponible relative aux régularisations sociales de rémunérations et autres avantages imposables ;
  - de l'information disponible relative aux révisions fiscales de rémunérations imposables et autres avantages imposables.

Cet échange d'informations entre les différents services d'inspection et administrations compétents, qui sont chacun confrontés à des abus dans le cadre d'un travail transfrontalier, permet à chacun de disposer d'informations pertinentes pour la surveillance de la réglementation dont il est respectivement chargé dans le cadre d'une occupation transfrontalière. Il va sans dire que cette collaboration structurée se déroule dans les limites fixées légalement pour l'échange de données individuelles et/ou à caractère personnel.

### C. Disposition anti-abus

#### 1. RATIO LEGIS

Lorsqu'un service d'inspection ou une institution compétente de sécurité sociale constatait qu'un mécanisme avait été élaboré en vue de faire abusivement appliquer à une situation les règles relatives au détachement ou à l'exercice d'activités simultanées dans au moins deux États, et contourner ainsi la *ratio legis* des Règlements européens, les services concernés, qui entendent précisément faire appliquer la législation européenne, se retrouvaient démunis.

Afin de décourager le recours à de telles manœuvres visant à faire artificiellement relever une relation de travail de la législation de sécurité sociale d'un autre État que la Belgique, la notion d'abus de droit en matière de mobilité internationale a été introduite au sein de la réglementation belge par la loi-programme (I) du 27 décembre 2012<sup>68</sup>.

L'article 23 de la loi précitée précise qu'il « est question d'abus relatif aux règles visant à déterminer la législation applicable dans les Règlements européens de coordination, lorsqu'il est fait application à l'égard d'un travailleur salarié ou indépendant des dispositions des Règlements de coordination à une situation dont les conditions qui sont fixées dans les Règlements et qui sont précisées dans le Guide pratique ou dans les décisions de la Commission administrative ne sont pas respectées, afin de se soustraire à la législation de sécurité sociale belge qui aurait dû être appliquée à cette situation si les dispositions réglementaires et administratives précitées avaient été correctement respectées ».

Est ainsi visé le fait de détourner les Règlements européens de coordination des régimes de sécurité sociale de leur objectif et d'élaborer des mécanismes tels que des faux détachements et ce, en vue de faire appliquer à la relation de travail, salariée ou non, une législation de sécurité sociale différente de la législation belge de sécurité sociale alors que celle-ci devrait s'appliquer au regard de l'exercice effectif de la relation de travail.

Les travaux préparatoires précisent que tant la problématique du détachement de travailleurs que celle de l'exercice d'une activité dans deux ou plusieurs États sont concernées.

Ils citent, à titre d'exemples d'abus en matière de détachement, « le cas d'un travailleur résidant en Belgique qui est engagé comme travailleur salarié par une entreprise sise dans un autre État, entreprise qui détache ensuite ce travailleur auprès d'une autre entreprise sise en Belgique, sans qu'il ait été préalablement soumis à la sécurité sociale de l'État dont relève son employeur et sans qu'il y ait une relation directe entre l'entreprise d'envoi et le travailleur détaché<sup>69</sup> ».

Il y a également abus de droit lorsqu'un travailleur salarié qui vit en Belgique et a fictivement deux employeurs dont l'un est sis dans un autre État-membre de l'Union européenne et l'autre en Belgique et pour lesquels il déclare travailler « durant respectivement 85 % et 15 % de son temps de travail conclut deux contrats de travail

<sup>68</sup> Articles 22 à 25, loi-programme (I) du 27 décembre 2012. *M.B.*, 31 décembre 2012.

<sup>69</sup> Ch. des Repr., Projet de loi-programme, *Exposé des motifs*, 12 décembre 2012, Doc. 53 2561/001, p. 19.

différents avec deux employeurs qui appartiennent en réalité au même groupe d'entreprises. Dans le cadre de l'exécution effective de ses prestations, ce travailleur relève de l'autorité d'un seul employeur, celui sis en Belgique et il effectue la totalité de ses prestations sur le territoire belge, dans le même lieu de travail ».

Lorsqu'un tel abus est constaté, les parties concernées ne pourront se prévaloir du droit européen et la manœuvre utilisée sera rendue inopposable au juge national, aux institutions de sécurité sociale compétentes et aux inspecteurs sociaux. Le législateur s'est ainsi inspiré des dispositions anti-abus existant en droit fiscal<sup>70</sup>.

Pour décourager le recours à des mécanismes constitutifs d'abus en matière de mobilité internationale, le législateur a entendu ne pas permettre aux auteurs de ceux-ci de tirer profit d'un assujettissement économiquement plus favorable durant la période précédant la date du constat de l'abus. Il a donc souhaité préciser que la législation belge de sécurité sociale s'appliquera à la relation de travail si cette législation aurait dû être appliquée conformément à la réglementation européenne en vigueur et ce, pour la période préalable à la constatation de l'abus. Les cotisations dues en application de la législation belge de sécurité sociale pourront être réclamées pour la période courant à partir du premier jour où les conditions d'application de la législation de sécurité sociale belge étaient réunies, dans la limite des délais de prescription fixés par l'article 42 de la loi du 27 juin 1969 concernant la sécurité sociale des travailleurs salariés et par l'article 16 de l'arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967 organisant le statut social des travailleurs indépendants, qui sont respectivement de sept<sup>71</sup> et de cinq ans<sup>72</sup>. En ce qui concerne les travailleurs salariés, le délai de prescription (sept ans) est celui applicable aux régularisations établies d'office à la suite de la constatation de manœuvres frauduleuses.

Il s'agit là des conséquences essentielles qui sont attachées au constat de telles manœuvres frauduleuses. Elles sont donc de nature purement civile.

## 2. CONDITIONS D'APPLICATION

Pour appliquer la législation belge de sécurité sociale à une relation de travail relevant « *ab initio* » d'une autre réglementation, un abus doit être constaté. Est concerné l'abus aux règles visant à déterminer, entre États-membres de l'Union européenne, la législation de sécurité sociale applicable notamment à un travailleur détaché ou occupé simultanément dans deux ou plusieurs États.

Les articles 22 et 23 précités de la loi-programme (I) du 27 décembre 2012 se réfèrent à cet égard expressément aux Règlements européens de coordination des régimes de sécurité sociale mais également au Guide pratique qui précise l'interprétation à donner aux dispositions qu'ils contiennent et aux décisions de la Commission administrative. Parmi ces décisions, est visée la décision A1 du 12 juin 2009 déterminant la

<sup>70</sup> CIR 1992, article 344 ; Code des droits d'enregistrement, d'hypothèque et de greffe, article 18.

<sup>71</sup> L'article 24, § 2, de la loi-programme (I) du 27 décembre 2012 se réfère en effet à la deuxième phrase du 1<sup>er</sup> alinéa de l'article 42 de la loi du 27 juin 1969 qui précise qu'en dérogation au principe du délai de prescription de 3 ans à partir de la date d'exigibilité des créances, ce délai de prescription est de 7 ans, si les créances de l'ONSS à charge des employeurs « font suite à des régularisations d'office à la suite de la constatation, dans le chef de l'employeur, de manœuvres frauduleuses ou de déclarations fausses ou sciemment incomplètes ».

<sup>72</sup> Ce délai est calculé à compter du 1<sup>er</sup> janvier qui suit l'année pour laquelle les cotisations sont dues (article 16, § 2, arrêté royal n° 38 du 27 juillet 1967).

procédure de dialogue et de conciliation applicable entre États-membres lorsqu'un doute existe concernant la validité d'un document ou la détermination de la législation applicable<sup>73</sup>. Cette procédure a été expliquée *supra*<sup>74</sup>. Les dispositions anti-abus n'entendent dès lors pas permettre au juge national, aux institutions publiques de sécurité sociale ou à un inspecteur social de passer outre ces procédures pour décider d'assujettir un travailleur à la législation de sécurité sociale belge. Soulignons toutefois que les différentes versions linguistiques du texte permettent d'affirmer que l'application de la procédure de dialogue et de conciliation est une possibilité offerte aux États et non une obligation<sup>75</sup>.

Quand une institution publique de sécurité sociale belge ou un inspecteur social doute de la validité du document A1 qui lui est produit ou, en l'absence d'un tel document, de la législation de sécurité sociale applicable à un travailleur, ils appliquent les règles de dialogue et de conciliation reprises dans la décision A1 précitée et prennent donc systématiquement contact avec l'institution compétente de sécurité sociale dont le travailleur se revendique. Il en est *a fortiori* de même lorsque ces instances, en présence ou non d'un formulaire A1, ont de fortes présomptions qu'un mécanisme a été mis en place pour faire bénéficier une relation de travail des avantages liés aux règles du détachement ou à l'exercice d'activités dans au moins deux États alors que la situation concrète des parties ne correspond pas à ces situations.

En vertu de ces règles, lorsqu'un accord ne peut intervenir entre les institutions ou autorités concernées des deux États en cause, la Commission administrative peut être saisie.

Le recours à la procédure de dialogue et conciliation entre États-membres peut aboutir au retrait du formulaire A1, par l'institution étrangère compétente. Ce retrait n'est pas toujours la confirmation qu'un abus aux Règlements européens de coordination a été commis mais si un tel abus venait à être constaté dans le cours ou au terme de cette procédure, les dispositions « anti-abus » trouveraient à s'appliquer. Qu'il y ait constat ou non d'abus, ce retrait se traduirait, dans les deux cas, par l'assujettissement du travailleur concerné à la législation belge de sécurité sociale mais, en cas de constat d'abus, cette législation s'appliquera pour la période préalable à la date de ce constat, avec la limite posée par le nécessaire respect du délai de prescription.

Toutefois, comme nous l'avons dit, cette procédure de conciliation peut être très longue. Malgré les délais de réponse fixés dans la décision A1, certaines institutions étrangères ne répondent pas, ou de manière insuffisante, aux demandes d'information qui leur sont transmises. La réponse obtenue consiste parfois en un simple accusé de réception, ou en un refus de répondre à la question posée. Durant ce laps de temps, il n'est pas rare que les travailleurs concernés et/ou leur employeur ne puissent plus être localisés. La procédure de vérification du respect des règles européennes en matière de détermination de la législation applicable ne peut dès lors être poursuivie. Aussi,

<sup>73</sup> Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale – Décision A1 du 12 juin 2009 concernant l'établissement d'une procédure de dialogue et de conciliation relative à la validité des documents, à la détermination de la législation applicable et au service des prestations au titre du Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil.

<sup>74</sup> Point IV, D. 3.

<sup>75</sup> La version anglaise : « a dialogue and conciliation procedure which can be used » ; la version néerlandaise reprend « kan ».

des réponses peuvent venir confirmer l'existence de manœuvres frauduleuses mais sans donner lieu, dans un délai raisonnable, au retrait du formulaire A1 émis. Les travaux préparatoires précisent donc que l'« assujettissement à la sécurité sociale belge peut, le cas échéant, intervenir, avant le retrait du formulaire A1 émis par l'institution étrangère<sup>76</sup> ». Dès lors, lorsque l'institution publique ou l'inspecteur social concerné dispose d'éléments probants d'abus et que l'institution de sécurité sociale étrangère compétente dont le travailleur, dépourvu ou non d'un formulaire A1, se déclare relever ne répond pas, dans un délai raisonnable aux multiples demandes d'information qui lui sont transmises, la disposition anti-abus pourrait s'appliquer à ce moment et le travailleur relever de la législation belge de sécurité sociale à partir du jour où les conditions de son application étaient réunies.

La charge de la preuve de l'abus incombe à l'institution ou à l'inspecteur qui l'invoque. Ceux-ci sont tenus de démontrer que la personne physique ou morale à l'encontre de laquelle l'abus est invoqué avait l'intention d'échapper à l'application de la législation de sécurité sociale qui est applicable à la situation conformément aux Règlements européens de coordination précités. On ne peut parler d'abus, par exemple, lorsque le travailleur a été erronément assujetti à la sécurité sociale d'un autre État ou lorsque la détermination du taux d'occupation respectif en Belgique et dans d'autres États est sujette à interprétation (en cas d'occupation simultanée dans deux ou plusieurs États).

Peuvent par contre être (cumulativement) révélateurs d'une telle intention :

- l'établissement d'un siège social « fictif » au sein d'un autre État-membre, dont les travailleurs de nationalité belge ou résidents en Belgique sont détachés en Belgique alors qu'ils n'ont préalablement pas été assujettis à la sécurité sociale de cet État et n'ont aucun lien organique avec l'entreprise qui les détache ;
- la circonstance que la société n'est pas connue à l'adresse de ce siège social ;
- le propriétaire du lieu n'a jamais rencontré les travailleurs ni le gérant de l'entreprise à l'adresse du siège social ;
- l'ensemble des documents sociaux est tenu en Belgique ;
- le lieu de départ des trajets vers le lieu de travail (non sédentaire) est situé en Belgique.

Cette preuve peut être apportée par tous moyens, dont par des présomptions.

### 3. CONFORMITÉ DE CES DISPOSITIONS AU DROIT EUROPÉEN ?

Ces dispositions anti-abus ont fait l'objet de critiques de la part de la Commission européenne et d'une partie de la doctrine<sup>77</sup>. Les auteurs en question estiment que ces dispositions contreviennent au droit européen, notamment en ce qu'elles permettent au juge national, aux institutions publiques de sécurité sociale et aux inspecteurs sociaux d'assujettir un travailleur à la législation nationale de sécurité sociale avant le retrait d'un formulaire A1 par l'État-membre initialement déclaré comme compétent.

<sup>76</sup> Ch. des Repr., Projet de loi-programme, *Exposé des motifs*, 12 décembre 2012, Doc. 53 2561/001, p. 20.

<sup>77</sup> M. MORSÁ, « La déclaration LIMOSA incompatible avec la libre prestation de services : stop ou encore (1) ? », note d'observations sous CJUE, n° C 577-10 du 19 décembre 2012, *J.T.T.*, 2013, p. 44 ; Y. JORENS, « Licit social tourism and illicit abuse and fraud in the EU », Contribution au colloque du European Institute of Social Security « Social Security Fraud », Luxembourg, 19 et 20 septembre 2013, <http://www.ceps.lu> ; L. ELIAERTS, Kanttekening, « Detachering binnen de Europese Economische Ruimte en bestrijding van sociale fraude », *R.W.*, 2013-2014, n° 10, 9 novembre 2013.

Or, à notre estime, ces dispositions n'impliquent pas le non-respect des décisions adoptées au sein de la Commission administrative précitée dont celui des procédures de dialogue et de concertation entre États-membres.

Comme le rappellent les travaux préparatoires des dispositions commentées, « dès 1974, la Cour de Justice de l'Union européenne a confirmé à plusieurs reprises l'interdiction de l'abus de droit<sup>78</sup> et sa jurisprudence, dans le domaine des libertés fondamentales, (...) se caractérise par le fait que, en cas de contournement des réglementations des États-membres ou d'abus des libertés communautaires, l'intéressé se voit refuser la possibilité d'invoquer les libertés fondamentales<sup>79</sup> ». Nul ne peut donc se prévaloir abusivement de l'application et de la protection du droit européen<sup>80</sup>. La décision quant à l'existence ou non d'un abus de droit revient au juge national, comme cela ressort de la jurisprudence précitée.

Un État-membre peut donc adopter des mesures en vue de lutter contre des abus à la réglementation européenne et ainsi empêcher « qu'à la faveur des facilités créées en vertu du Traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale » et qu'ils se prévalent abusivement ou frauduleusement des normes communautaires<sup>81</sup>. Il faut toutefois qu'une analyse soit menée, au cas par cas, en vue d'apporter la preuve « objective » que le comportement est constitutif d'abus<sup>82</sup>.

C'est précisément ce que la Belgique a fait en adoptant les dispositions anti-abus en matière de détachement ou d'occupation simultanée dans plusieurs États. Elle a ainsi introduit au sein de la législation nationale la jurisprudence précitée de la Cour de Justice.

Selon nous, ces dispositions contiennent des garanties que l'application du droit européen ne pourra être écartée que dans des cas d'abus très clairs. Ainsi, le respect des décisions adoptées dans le cadre de la Commission administrative, dont celle instaurant la procédure de dialogue en États-membres, est privilégié et la démonstration de l'intention de l'abus dont la charge repose sur les institutions publiques et les services d'inspection compétents peut s'avérer très lourde.

Rappelons, enfin, comme indiqué ci-avant, que l'article 72 du Règlement (CE) n° 883/2004 relatif aux tâches de la Commission administrative précise que l'intervention de cette Commission pour traiter de toute question découlant des dispositions de ce Règlement ou du Règlement d'application (CE) n° 987/2009 doit être faite

<sup>78</sup> C.J.C.E., 3 décembre 1974, n° C-33/74, Van Binsbergen, *Rec.*, p. I-1299 ; C.J.C.E., 3 février 1993, n° C-148/91, Radio Veronica, *Rec.*, p. I-487 ; C.J.C.E., 5 octobre 1994, n° C-23/93, TV10 SA c/ Commissariaat voor de Media, *Rec.*, p. I-4595 ; CJUE, 9 mars 1999, n° C-212/97, Centros, *Rec.*, p. I-1459 ; C.J.C.E., 10 février 2000, n° C 202/97, FTS, *Rec.*, p. I-883 ; C.J.C.E., 9 novembre 2000, n° C-404/98, Plum, *Rec.*, p. I-9379 ; C.J.C.E., 21 octobre 2004, n° C-445/03, Commission c/ Luxemburg, *Rec.*, p. I-10191 ; C.J.C.E., 6 avril 2006, n° C-456/04, Agip Petroli et Capitaneria di Porto di Siracusa, *Rec.*, 2006, p. 3395.

<sup>79</sup> CJUE, n° C-23/93, TV10 précité, Conclusions de l'avocat général Lenz, pt. 50.

<sup>80</sup> C.J.C.E., 2 mai 1996, n° C-206/94, Paletta II, *Rec.*, p. I-2357, Cité par Ch. des Repr., Projet de loi-programme, *Exposé des motifs*, 12 décembre 2012, Doc. 53 2561/001, p. 20.

<sup>81</sup> CJUE, 9 mars 1999, n° C-212/97, Centros, *Rec.*, p. I-1459, pt. 24 ; CJUE (arrêt grande chambre), 12 septembre 2006, n° C-196/04, Cadbury Schweppes, *Rec.*, p. I-7995, pt. 35.

<sup>82</sup> R. DE LA FERIA, et S. VOGENAUER, « Prohibition of Abuse of Law, A New General Principle of EU Law ? (Studies of the Oxford Institute of European and Comparative Law) », Ed. Hart Publishing, 2011, p. 662 ; CJUE, 17 juillet 1997, n° C-28/95, Leur-Bloem, *Rec.*, p. I-4161, pt. 41 ; CJUE, n° C-264/96, Imperial Chemical Industries plc., *Rec.*, p. I-4695, n° C-110/99, Emsland-Stärke GmbH, *Rec.*, p. I-11569, pt. 39, Banks, pt. 26 ; CJUE, 14 décembre 2000, n° C-110/99, Emsland-Stärke GmbH, *Rec.*, p. I-11569, pt. 39, Banks.

« sans préjudice du droit des autorités, institutions et personnes intéressées de recourir aux procédures et aux juridictions prévues par les législations des États-membres, par le présent Règlement et par le Traité ».

#### D. La traite des êtres humains

Pour clôturer ce point, signalons que dans certains cas de fraude sociale transfrontalière, les dispositions du Code pénal relatives à la traite des êtres humains<sup>83</sup> pourront s'appliquer et plus particulièrement celle qui incrimine le fait de faire travailler une personne dans des conditions contraires à la dignité humaine (ce qu'on appelle pudiquement l'exploitation économique). Les situations rencontrées seront celles où la réunion de différents indices, tels qu'un montant de rémunération inadéquat pour le travail effectué, une durée de travail exagérée, un travail effectué dans des conditions qui menacent la santé et la sécurité du travailleur ou des conditions de logement insalubres, permettra d'ouvrir des poursuites pénales pour atteinte à la dignité humaine<sup>84</sup>.

### VIII. Ampleur des détachements en Belgique

L'augmentation, ces dernières années, des phénomènes de fraude transfrontalière a été de pair avec une augmentation constante des travailleurs détachés dans notre pays.

Ainsi, selon les données de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale<sup>85</sup>, en 2011, 125.107 formulaires A1 émis dans le cadre de l'article 12 du Règlement (CE) n° 883/2004 concernaient des travailleurs détachés en Belgique (contre 90.540 en 2010). Ces statistiques reprennent les A1 émis tant pour les travailleurs salariés que pour les travailleurs indépendants.

Une constatation similaire peut être faite en ce qui concerne le nombre de déclarations LIMOSA. En 2010, l'ONSS a enregistré 241.124 déclarations LIMOSA effectuées pour des travailleurs salariés détachés dans notre pays (cela concernait 92.178 travailleurs) et, en 2011, la même institution enregistrait 319.195 déclarations LIMOSA qui concernaient 113.908 travailleurs salariés.

### IX. Solutions au niveau européen : coopération entre les États-membres

La nécessité de développer des mécanismes de collaboration performants avec les organismes compétents des différents États-membres s'impose comme une évidence.

Les difficultés et abus exposés au cours de ces pages démontrent que la surveillance de l'application correcte des règles en matière de sécurité sociale n'est possible, dans la plupart des cas, qu'après avoir pris contact avec les organismes de sécurité sociale de l'État-membre émetteur du formulaire A1. En effet, la détection des fraudes et erreurs dans l'application des règlements de coordination de sécurité sociale est dépendante de la qualité de l'échange d'information entre les services d'inspection et les institutions compétentes.

<sup>83</sup> Articles 433quinquies à 433novies du Code pénal.

<sup>84</sup> Voir C.-E. CLESSE, « La notion de dignité humaine et son application pratique en matière de traite économique des êtres humains », *Rev. dr. pén.*, 2013, pp. 854 et suiv. ; Trib. 1ère inst. Bruges, R.G. n° 887, qui condamne différents prévenus pour traite des êtres humains dans le cadre de détachements fictifs de chauffeurs bulgares.

<sup>85</sup> Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale, *Report on the Analysis of Portable Documents A1 issued in 2010 and 2011. Note of the Secretariat of 14 December 2012.*

Depuis l'entrée en vigueur du Règlement (CE) n° 883/2004, les services d'inspection sociale ont rencontré différents obstacles dans l'accès à l'information. Nous pouvons épingler quelques exemples topiques.

- Dans nos relations avec les États dont la gestion de la sécurité sociale en général et la délivrance des attestations A1 est décentralisée, nous avons déjà soulevé plus haut les difficultés à trouver un interlocuteur valable.
- Certaines institutions compétentes exigent pour satisfaire à leur législation sur la protection des données à caractère personnel que les demandes de renseignements concernant des entreprises ou des personnes mentionnent les numéros d'identification officiels en vigueur dans leur État.
- Le délai de réponse de certaines institutions étrangères, quand une réponse parvient, est parfois très lent, malgré les délais prévus dans la décision A1 du 12 juin 2009 de la Commission administrative pour la coordination des systèmes de sécurité sociale<sup>86</sup>.

Ces difficultés sont indubitablement liées au fait que la réglementation européenne en matière de sécurité sociale tend à la coordination des différents régimes et non à leur harmonisation, ce qui pose autant de limites aux organismes des différents États-membres compétents en la matière.

À ce jour, seuls deux accords de collaboration en matière de sécurité sociale ont été conclus par la Belgique (avec la France et les Pays-Bas). Il s'agit :

- du traité entre la Belgique et les Pays-Bas pour le développement de la coopération et de l'entraide administrative en matière de sécurité sociale, signé à Bruxelles le 6 décembre 2010<sup>87</sup> ;
- de l'accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement du Royaume de Belgique pour le développement de la coopération et de l'entraide administrative en matière de sécurité sociale, signée le 17 novembre 2008.

Ces accords de coopération ne sont pas la panacée car ils sont, d'une part, à géométrie variable (le contenu de chaque accord est différent en fonction de la volonté de collaborer de la part du pays contractant) et, d'autre part, ils doivent être soumis à l'approbation des différents parlements (ce qui prend beaucoup de temps).

Une solution plus élégante pourrait être trouvée. Elle consisterait à essayer de créer une sorte d'EUROSOC, comparable à ce qui existe au niveau d'EUROPOL. Ceci pourrait être atteint par l'adoption, au niveau européen, d'une directive de collaboration en matière de sécurité sociale qui pourrait s'inspirer de la directive de collaboration qui existe en matière de TVA<sup>88</sup>.

Afin de pouvoir renforcer la collaboration des États-membres, la mise en place du système EESSI (Electronic exchange of social security information<sup>89</sup>) a été prévue.

<sup>86</sup> Concernant l'établissement d'une procédure de dialogue et de conciliation relative à la validité des documents, à la détermination de la législation applicable et au service de prestations au titre du Règlement (CE) n° 883/2004 du Parlement européen et du Conseil.

<sup>87</sup> Avant-projet de loi portant assentiment du Traité introduit au Sénat le 7 juin 2012 (S.5-1654/1) et approuvé par la Chambre le 19 juillet 2012 (Ch. 53-2364).

<sup>88</sup> Règlement (CE) n° 1798/2003 concernant la coopération administrative dans le domaine de la taxe sur la valeur ajoutée, afin de lutter contre la fraude fiscale liée aux opérations intracommunautaires (*J.O.*, L 264 du 15 octobre 2003) modifié par le Règlement (CE) n° 37/2009 du Conseil du 16 décembre 2008, *JOCE*, L14, 20 janvier 2009).

<sup>89</sup> Le Règlement (CE) n° 987/2009 fixant les modalités d'application du Règlement (CE) n° 883/2004 prévoit en effet que l'échange des données entre les institutions ou les organismes de liaison doit s'effectuer par voie électronique, dans

Ce système vise à permettre une vérification plus efficace des données, de manière électronique, et à offrir une interface plus souple entre les différents systèmes, tout en permettant une collecte plus précise des données. Il entend dès lors faciliter et accélérer le processus décisionnel pour le calcul et le paiement des prestations de sécurité sociale. Chaque État-membre peut adopter ce système et le rendre opérationnel, selon ses moyens, de manière flexible, par étapes, branche par branche. Chaque État-membre peut en effet bénéficier d'une période transitoire (article 95 du Règlement (CE) n° 987/2009). Durant cette période, l'échange des données s'effectue soit dans le cadre du système EESSI si les États concernés l'ont mis en œuvre, soit en dehors de ce cadre. La Commission administrative précitée et des groupes de travail s'attellent actuellement à fixer la structure, le contenu et le format des messages qui seront échangés au travers du réseau. À l'heure actuelle, ce travail est toujours en cours d'élaboration et la mise en place effective de ce réseau a été reportée.

Mais, dès avant la mise en place du réseau EESSI, plusieurs initiatives ont été prises en vue d'améliorer la collaboration intra-européenne.

C'est ainsi que les représentants belges au sein de la Commission administrative se sont vu confier le mandat de délégation de chef de file pour toutes les questions relatives aux erreurs et fraudes dans l'application des règles européennes de coordination des Règlements (CE) n° 883/2004 et n° 987/2009. À ce titre, nos représentants ont été chargés, d'abord, de collationner les rapports des États-membres de l'Union européenne portant sur les problèmes d'erreurs et/ou de fraude, ensuite, de procéder à leur évaluation et de soumettre à la Commission administrative des suggestions en vue de remédier aux difficultés rencontrées par les États-membres dans l'application des Règlements précités et notamment les règles relatives au détachement de travailleurs. Même si cette initiative ne touche pas directement à la collaboration, elle permet de faire prendre conscience à la Commission européenne et aux différents États des difficultés d'application des règles en matière de détachement et des problèmes de fraude rencontrés dans ce domaine.

La Belgique, en partenariat avec les Pays-Bas, conduit également un projet intitulé « H5NCP<sup>90</sup> » cofinancé par la Commission européenne. Ce projet a pour objectif de rendre efficient le fonctionnement du réseau de points de contact nationaux en matière de fraude et d'erreurs auquel les autorités compétentes ou les institutions peuvent signaler des risques de fraude, d'abus ou des difficultés systémiques à l'origine de retards et d'erreurs<sup>91</sup>. Dans le cadre de l'exécution de ce projet, une plate-forme électronique d'échange entre les points de contact nationaux a été développée. Cette plate-forme électronique contient toutes les fonctionnalités qui devraient permettre une coopération renforcée entre institutions des États-membres dans le domaine des fraudes et erreurs notamment en matière de détachement.

un cadre sécurisé commun afin de garantir la confidentialité et la protection des échanges de données (article 4, § 2, du Règlement (CE) n° 987/2009). Une décision de la Commission Administrative pour la Coordination des Systèmes de Sécurité Sociale (décision E1) prévoit les modalités pratiques de cet échange. Celui-ci doit se faire dans le cadre d'un réseau dénommé EESSI.

<sup>90</sup> Qui signifie « Activating National Contact Points in the framework of Decision H5 ».

<sup>91</sup> Article 3 de la décision H5 du 18 mars 2010 (C149 du 8 juin 2010) adoptée par la Commission administrative et relative à la coopération dans le domaine de la lutte contre les fraudes et erreurs dans le cadre du Règlement (CE) n° 883/2004 et du Règlement (CE) n° 987/2009. Cette décision de la Commission Administrative pour la Coordination des Systèmes de Sécurité Sociale, fait obligation pour chaque État-membre d'assigner un point de contact pour l'échange d'information concernant des risques de fraude et d'erreurs ou des difficultés systémiques.

En droite ligne des résultats du projet « H5NCP » et de la volonté exprimée par les points de contact nationaux de pouvoir échanger des informations en bloc contenant des données personnelles<sup>92</sup>, la Commission européenne a pris l'initiative d'instaurer en son sein un groupe ad hoc qui aura pour mission d'envisager la nécessité d'un fondement juridique et de rendre prochainement un rapport concernant une proposition de base juridique à insérer dans le Règlement (CE) n° 987/2009 afin d'autoriser ce type d'échanges.

Enfin, même si cela ne concerne pas directement la collaboration internationale en matière de sécurité sociale, on peut, en matière de collaboration au niveau européen, souligner la création du système d'Information sur le Marché Intérieur (IMI).

La Directive 2006/123/CE relative aux services dans le marché intérieur<sup>93</sup>, qui a eu pour but de faciliter la libre circulation des services au sein de l'Union européenne, en éliminant les obstacles administratifs et juridiques à la circulation transfrontalière des services, a prévu une collaboration administrative entre les États-membres.

La nécessité de procurer aux États-membres un instrument concret d'assistance dans leurs échanges d'information sur les prestataires de services et leurs activités, a conduit à la création du système IMI<sup>94</sup>.

L'IMI est un outil électronique conçu pour améliorer la communication et la collaboration entre les administrations des États-membres de l'Union européenne. Il vise à lever un certain nombre d'obstacles pratiques, à alléger les charges et à améliorer l'efficacité de la coopération administrative en Europe.

L'IMI aide les autorités compétentes des États-membres à surmonter les difficultés pratiques liées notamment aux différences de culture administrative, à l'emploi de langues différentes et à l'identification des partenaires dans les autres États-membres. Cette application internet sécurisée, accessible à l'ensemble des administrations des pays de l'Espace économique européen, est disponible dans toutes les langues de l'Union européenne.

L'IMI repose sur trois principes fondamentaux :

- il n'impose pas d'obligations supplémentaires aux États-membres en matière de coopération administrative ;
- il est suffisamment souple pour s'adapter à la diversité des cultures et des structures administratives en Europe ;
- il constitue un système original, conçu pour pouvoir intégrer de multiples actes législatifs sur le marché intérieur, ce qui permet d'éviter la multiplication des systèmes d'information.

<sup>92</sup> Ce type d'échanges portant sur des données personnelles n'est pas autorisé par la décision H5 de la Commission administrative.

<sup>93</sup> Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.*, L 376, 27 décembre 2006 et décision de la Commission du 2 octobre 2009 établissant les modalités pratiques des échanges d'informations par voie électronique entre les États-membres prévus au chapitre VI de la Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur, *J.O.*, L 263, 7 octobre 2009.

<sup>94</sup> Règlement (UE) n° 1024/2012 du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur et abrogeant la décision 2008/49/CE de la Commission (« Règlement IMI ») – Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *J.O.*, L 316, 14 novembre 2012.

L'IMI étant utilisé pour échanger des données à caractère personnel, le système est entièrement couvert par la législation applicable en matière de protection des données.

Il est évident que le champ d'application du système IMI vise également les activités ayant pour objet la fourniture transfrontalière de services par des entreprises établies dans un autre État-membre de l'Union européenne sans disposer d'un établissement en Belgique.

En ce qui concerne le contrôle des conditions d'occupation et des conditions de travail, une obligation réciproque d'assistance existait déjà sur le plan administratif en cas de détachement de travailleurs en vue d'une prestation de services<sup>95</sup>.

Cette obligation de collaboration réciproque existant entre les services d'inspection du travail compétents a été intégrée lors du développement de l'application web IMI en tant que plate-forme de communication.

En vue d'échanger rapidement et efficacement les informations, l'IMI propose une liste de questions standardisées pouvant avoir trait tant aux travailleurs détachés qu'à l'entreprise qui détache des travailleurs<sup>96</sup>.

Au cours des neuf premiers mois de l'année 2013, la Belgique était à l'origine de 288 demandes d'accès sur un total de 738 demandes (soit 39 %) relatives à la Directive « détachement » entre tous les États-membres participants (l'Union européenne ainsi que la Norvège, le Liechtenstein et l'Islande)<sup>97</sup>.

Il est important d'insister sur le fait qu'à l'heure actuelle, l'utilisation du système IMI, compte tenu du champ d'application de la Directive 96/71/CE, ne vise que certains aspects du droit du travail.

Par conséquent, bien qu'il puisse être intéressant pour les différents services d'inspection sociale de connaître la réponse aux différentes questions-types qui ont été posées, il est difficile d'en tirer immédiatement des conclusions, sur le plan de la sécurité sociale, en ce qui concerne le respect des conditions en matière de détachement telles que fixées par les Règlements (CE) n° 883/2004 et n° 987/2009. Comme évoqué ci-dessus, il est prévu, pour ces deux normes européennes, le développement d'une autre plate-forme de communication : EESSI.

### Conclusion<sup>98</sup>

Force est de constater que, à l'heure actuelle, les règles de droit européen ne permettent pas de sanctionner efficacement les actions qui visent à jouer sur les règles sociales des différents États-membres afin de créer un avantage compétitif tel qu'il doit être considéré comme une forme de dumping social.

<sup>95</sup> Article 4 de la Directive 96/71/CE.

<sup>96</sup> Questions concernant les détachements des travailleurs, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/imi-net/docs/pw/qpwfr.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/docs/pw/qpwfr.pdf).

<sup>97</sup> Statistics on the use of the Internal Market Information system January - September, 2013, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/imi-net/docs/statistics\\_2013\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/docs/statistics_2013_en.pdf).

<sup>98</sup> Nous nous sommes librement inspirés pour écrire une partie de cette conclusion de l'article intitulé « Faut-il réviser la directive détachement ? » de M. DEL SOL, M. LE BARBIER-LE BRIS et E. LAFUMA publié dans la *Revue du travail*, Dalloz, 2012.262.

La Directive 96/71/CE dite « directive détachement » qui résulte, on le sait, d'un compromis : promouvoir la liberté de prestation de services dans le respect d'une concurrence loyale qui ne soit pas fondée sur les conditions d'emploi et de travail des travailleurs détachés, n'a pas à cet égard atteint son but.

Le phénomène du détachement intra-européen de salariés nous confronte à des réalités pour le moins complexes ; les formes de détachement sont multiples (détachement intragroupe, intérim, détachement de salariés à l'occasion de la réalisation d'une prestation de service transfrontalière), les montages parfois sophistiqués (détachements « en cascade », chaînes de sous-traitance) et il n'est pas exagéré de considérer que les élargissements successifs de l'Union européenne ont contribué à exacerber les enjeux économiques et sociaux de ces opérations.

Les opérations de détachement de salariés en vue de réaliser une prestation de services sur le territoire d'un autre État-membre posent la question de la concurrence entre autres par le coût du travail, les disparités nationales en la matière étant très importantes et s'étant accentuées à l'occasion des deux derniers élargissements. C'est la raison pour laquelle, comme exposé *supra*, dans le souci de garantir la loyauté de la concurrence au sein du marché intérieur, la Directive a imposé aux prestataires qui détachent des salariés dans un autre État-membre le respect d'une partie du droit du travail du pays d'accueil. Dans ce cadre, ils sont tenus de rémunérer les salariés détachés au « taux de salaire minimal » de l'État sur le territoire duquel la prestation est réalisée. Mais cette disposition ne s'avère finalement pas à même de lutter efficacement contre les pratiques de dumping social. À cela, plusieurs raisons.

La première difficulté tient au sens à donner à la règle du taux de salaire minimum en effet, certains pays n'ayant pas de salaire minimum obligatoire au sens de la Directive. Une autre difficulté réside dans le fait que la Directive n'intègre pas la dimension « charges sociales » (c'est-à-dire le taux des cotisations sociales), facteur pourtant essentiel du coût du travail et levier avéré de dumping social eu égard aux substantielles disparités nationales en la matière. Bien plus, par application des règles de coordination des législations de sécurité sociale, les employeurs qui procèdent à des détachements de salariés demeurent redevables des cotisations sociales dans leur État d'établissement (Règlement (CE) n° 883/2004, *cf. supra* articles 12 et 13). Nous l'avons vu, il peut en résulter un avantage concurrentiel non négligeable dont la Directive « détachement » ne se préoccupe pas, mais qui n'a pas échappé à certains prestataires de services dont l'établissement de leur siège social dans certains pays de l'Union européenne n'est certainement pas le fruit du hasard !

Une autre difficulté trouve quant à elle sa source dans les politiques de contrôle des situations de détachement qui varient considérablement d'un État-membre à l'autre, ainsi du reste que les moyens mis à disposition des administrations compétentes. Quand bien même les contrôles sont effectivement réalisés, leur efficacité est très largement dépendante de la collaboration des autorités nationales entre elles. À cet égard, on ne peut qu'insister sur le fait que l'échange systématique d'informations entre les États-membres est indispensable et les demandes d'enquêtes sollicitées par un État doivent être effectuées à bref délai par l'institution sollicitée.

La nécessité de réviser la Directive 96/71/CE ne faisait donc guère plus de doute, puisque, en l'état actuel, elle est impuissante tant à éviter le dumping social qu'à protéger, fût-ce a minima, les droits des travailleurs détachés. Ce diagnostic, assez largement partagé, a suscité l'amorce d'un processus de révision.

L'IMI étant utilisé pour échanger des données à caractère personnel, le système est entièrement couvert par la législation applicable en matière de protection des données.

Il est évident que le champ d'application du système IMI vise également les activités ayant pour objet la fourniture transfrontalière de services par des entreprises établies dans un autre État-membre de l'Union européenne sans disposer d'un établissement en Belgique.

En ce qui concerne le contrôle des conditions d'occupation et des conditions de travail, une obligation réciproque d'assistance existait déjà sur le plan administratif en cas de détachement de travailleurs en vue d'une prestation de services<sup>95</sup>.

Cette obligation de collaboration réciproque existant entre les services d'inspection du travail compétents a été intégrée lors du développement de l'application web IMI en tant que plate-forme de communication.

En vue d'échanger rapidement et efficacement les informations, l'IMI propose une liste de questions standardisées pouvant avoir trait tant aux travailleurs détachés qu'à l'entreprise qui détache des travailleurs<sup>96</sup>.

Au cours des neuf premiers mois de l'année 2013, la Belgique était à l'origine de 288 demandes d'accès sur un total de 738 demandes (soit 39 %) relatives à la Directive « détachement » entre tous les États-membres participants (l'Union européenne ainsi que la Norvège, le Liechtenstein et l'Islande)<sup>97</sup>.

Il est important d'insister sur le fait qu'à l'heure actuelle, l'utilisation du système IMI, compte tenu du champ d'application de la Directive 96/71/CE, ne vise que certains aspects du droit du travail.

Par conséquent, bien qu'il puisse être intéressant pour les différents services d'inspection sociale de connaître la réponse aux différentes questions-types qui ont été posées, il est difficile d'en tirer immédiatement des conclusions, sur le plan de la sécurité sociale, en ce qui concerne le respect des conditions en matière de détachement telles que fixées par les Règlements (CE) n° 883/2004 et n° 987/2009. Comme évoqué ci-dessus, il est prévu, pour ces deux normes européennes, le développement d'une autre plate-forme de communication : EESSI.

### Conclusion<sup>98</sup>

Force est de constater que, à l'heure actuelle, les règles de droit européen ne permettent pas de sanctionner efficacement les actions qui visent à jouer sur les règles sociales des différents États-membres afin de créer un avantage compétitif tel qu'il doit être considéré comme une forme de dumping social.

<sup>95</sup> Article 4 de la Directive 96/71/CE.

<sup>96</sup> Questions concernant les détachements des travailleurs, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/imi-net/docs/pw/qpwfr.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/docs/pw/qpwfr.pdf).

<sup>97</sup> Statistics on the use of the Internal Market Information system January - September, 2013, [http://ec.europa.eu/internal\\_market/imi-net/docs/statistics\\_2013\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/imi-net/docs/statistics_2013_en.pdf).

<sup>98</sup> Nous nous sommes librement inspirés pour écrire une partie de cette conclusion de l'article intitulé « Faut-il réviser la directive détachement ? » de M. DEL SOL, M. LE BARBIER-LE BRIS et E. LAFUMA publié dans la *Revue du travail*, Dalloz, 2012.262.

La Directive 96/71/CE dite « directive détachement » qui résulte, on le sait, d'un compromis : promouvoir la liberté de prestation de services dans le respect d'une concurrence loyale qui ne soit pas fondée sur les conditions d'emploi et de travail des travailleurs détachés, n'a pas à cet égard atteint son but.

Le phénomène du détachement intra-européen de salariés nous confronte à des réalités pour le moins complexes ; les formes de détachement sont multiples (détachement intragroupe, intérim, détachement de salariés à l'occasion de la réalisation d'une prestation de service transfrontalière), les montages parfois sophistiqués (détachements « en cascade », chaînes de sous-traitance) et il n'est pas exagéré de considérer que les élargissements successifs de l'Union européenne ont contribué à exacerber les enjeux économiques et sociaux de ces opérations.

Les opérations de détachement de salariés en vue de réaliser une prestation de services sur le territoire d'un autre État-membre posent la question de la concurrence entre autres par le coût du travail, les disparités nationales en la matière étant très importantes et s'étant accentuées à l'occasion des deux derniers élargissements. C'est la raison pour laquelle, comme exposé *supra*, dans le souci de garantir la loyauté de la concurrence au sein du marché intérieur, la Directive a imposé aux prestataires qui détachent des salariés dans un autre État-membre le respect d'une partie du droit du travail du pays d'accueil. Dans ce cadre, ils sont tenus de rémunérer les salariés détachés au « taux de salaire minimal » de l'État sur le territoire duquel la prestation est réalisée. Mais cette disposition ne s'avère finalement pas à même de lutter efficacement contre les pratiques de dumping social. À cela, plusieurs raisons.

La première difficulté tient au sens à donner à la règle du taux de salaire minimum en effet, certains pays n'ayant pas de salaire minimum obligatoire au sens de la Directive. Une autre difficulté réside dans le fait que la Directive n'intègre pas la dimension « charges sociales » (c'est-à-dire le taux des cotisations sociales), facteur pourtant essentiel du coût du travail et levier avéré de dumping social eu égard aux substantielles disparités nationales en la matière. Bien plus, par application des règles de coordination des législations de sécurité sociale, les employeurs qui procèdent à des détachements de salariés demeurent redevables des cotisations sociales dans leur État d'établissement (Règlement (CE) n° 883/2004, *cf. supra* articles 12 et 13). Nous l'avons vu, il peut en résulter un avantage concurrentiel non négligeable dont la Directive « détachement » ne se préoccupe pas, mais qui n'a pas échappé à certains prestataires de services dont l'établissement de leur siège social dans certains pays de l'Union européenne n'est certainement pas le fruit du hasard !

Une autre difficulté trouve quant à elle sa source dans les politiques de contrôle des situations de détachement qui varient considérablement d'un État-membre à l'autre, ainsi du reste que les moyens mis à disposition des administrations compétentes. Quand bien même les contrôles sont effectivement réalisés, leur efficacité est très largement dépendante de la collaboration des autorités nationales entre elles. À cet égard, on ne peut qu'insister sur le fait que l'échange systématique d'informations entre les États-membres est indispensable et les demandes d'enquêtes sollicitées par un État doivent être effectuées à bref délai par l'institution sollicitée.

La nécessité de réviser la Directive 96/71/CE ne faisait donc guère plus de doute, puisque, en l'état actuel, elle est impuissante tant à éviter le dumping social qu'à protéger, fût-ce à minima, les droits des travailleurs détachés. Ce diagnostic, assez largement partagé, a suscité l'amorce d'un processus de révision.

Celle-ci a pris la forme d'une « directive de mise en œuvre » de la Directive détachement<sup>99</sup>. Elle vise à lutter contre les hypothèses de fraude et, plus largement, de non-application de la Directive détachement. Le texte soumet aux autorités nationales une série de critères pour évaluer si une situation entre dans le champ de la Directive, pour s'assurer de l'existence d'une activité réelle de l'entreprise sur le territoire d'établissement, pour vérifier la réalité et le caractère temporaire du détachement. Les possibilités d'un contrôle par l'État d'accueil de la présence de salariés détachés sur son territoire sont précisées (le projet de Directive clarifie les obligations nécessaires au contrôle de l'application de la Directive compatible avec le Traité, s'attache à la lisibilité et à l'accessibilité des informations, renforce les conditions d'une coopération administrative entre les États-membres), un mécanisme de responsabilité solidaire dans le domaine de la construction en vue de payer les arriérés de rémunération<sup>100</sup> est prévu et le renforcement du volet répressif est également envisagé, le projet de Directive prévoyant la possibilité d'exécution transfrontalière d'amendes et de sanctions administratives.

On ne peut donc qu'espérer que l'adoption de cette nouvelle Directive sera un premier pas au niveau européen en matière de lutte contre le dumping social. Cet instrument devrait contribuer à une meilleure conciliation entre les droits sociaux fondamentaux et les libertés de nature économique. Mais comme la dimension « charges sociales » sur les rémunérations, qui dépend de chaque législation nationale de sécurité sociale, n'est pas envisagée par ce projet de Directive<sup>101</sup>, les failles permettant à certains prestataires d'organiser différentes formes de dumping social n'auront pas toutes disparu.

C'est la raison pour laquelle, nonobstant ce projet de Directive, plusieurs services belges d'inspection sociale<sup>102</sup> ont développé une méthodologie de contrôle de l'application des Règlements (CE) n° 883/2004 et n° 987/2009 qui a déjà porté ses fruits<sup>103</sup> dans la lutte contre le dumping social. Cette manière d'agir consiste, d'une part, à contester systématiquement les formulaires A1 en cas de doute sur leur validité et, d'autre part, à recourir systématiquement aux autres phases de la procédure de contestation prévue par les normes européennes (*cf. supra* IV, D, 3) quand les institutions étrangères ne collaborent pas ou font preuve de mauvaise volonté. Espérons, malgré la période de rigueur budgétaire drastique à laquelle les services publics fédéraux sont soumis ces dernières années, que cette procédure pourra, à l'avenir, encore être davantage appliquée.

<sup>99</sup> EUR-Lex, Doc. 52012PC0131, COM (2012) 131 final - 2012/0061 (COD), Proposition de Directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la Directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

<sup>100</sup> En ce qui concerne les mécanismes de responsabilité solidaire en droit social existant en Belgique, Voir M. GRATIA, « Lutte contre la fraude sociale et mécanismes de responsabilité solidaire : synthèse et actualité », *Revue dr. pén. de l'entreprise*, 2012/2-3, pp. 19 et suiv.

<sup>101</sup> Le Considérant (6) du projet de Directive étant très clair à ce sujet : « Comme la Directive 96/71/CE, la présente Directive ne devrait pas porter atteinte à l'application ... du Règlement n° 883/2004 ... et du Règlement n° 987/2009 ... ».

<sup>102</sup> Et plus particulièrement l'Inspection sociale du SPF Sécurité sociale.

<sup>103</sup> Épinglée comme « bonne pratique » par la Cour des comptes dans son Cahier 2013 relatif à la sécurité sociale, voir pp. 156 et suiv.