

Salariés détachés : un accord européen en trompe-l'œil pour la France.

Hervé Guichaoua

Juriste en droit social

L'accord politique obtenu le 23 octobre 2017 au sein du Conseil de l'Union européenne sur la législation du travail applicable aux salariés détachés va-t-il réellement renforcer les obligations sociales des entreprises étrangères qui détachent ces salariés sur le territoire français et, par suite, améliorer les droits de ces travailleurs, afin de mieux lutter contre le dumping social ? La réponse est assurément positive, si on s'en tient aux réactions de satisfaction de la France qui a souligné, avec un certain enthousiasme, les avancées et les vertus de cet accord tant espéré et médiatisé.

Pourtant, l'analyse détaillée des cinq mesures que contient cet accord (si on se réfère au communiqué de presse publié par le Conseil) conduit à relativiser très sensiblement son apport et sa plus-value au regard de la lutte contre le dumping social du fait de ces entreprises et de leurs donneurs d'ordre français.

1^{ère} mesure L'égalité de traitement en matière de rémunération effective avec les salariés des entreprises françaises.

Il s'agit de l'une des mesures assurément indispensables pour respecter le principe de non-discrimination en raison de l'origine ou de la nationalité et pour lutter contre la concurrence sociale déloyale. Mais il est bon de rappeler que l'obligation de respecter le principe « A travail égal, salaire égal » pour les salariés détachés, y compris pour les accessoires de salaire, a été affirmée par la France, dans la circulaire très politique du 2 mai 1991 du ministre du travail Jean Pierre Soisson, et confirmée par le décret du 11 juillet 1994. Cette obligation sociale a été formalisée et introduite dans le droit français, de façon spontanée et unilatérale par la France, échaudée par l'affaire Rush Portuguesa (la CJUE a donné raison à cette entreprise portugaise empêchée d'opérer par l'administration française), et ceci bien avant la directive 96/71 du 16 décembre 1996 sur le détachement et bien avant l'accord du 23 octobre dernier. Il est nécessaire également de rappeler que la France a cependant supprimé cette obligation sociale anti dumping social, lors de l'adoption de la loi du 2 août 2005, de façon incompréhensible, sans explication, ni justification. A compter de cette date, la France a uniquement exigé le respect du salaire minimum, légal ou conventionnel, qui est en dessous du salaire réel effectivement perçu par les salariés des entreprises françaises.

Dans ce contexte, la restauration du principe d'égalité de traitement dans le droit social français, via l'accord du 23 octobre dernier, peut donc être difficilement considérée comme une avancée ou une victoire, d'autant que la France n'avait nul besoin de l'autorisation de Bruxelles ou des autres Etats membres pour (ré)inscrire cette obligation dans sa législation ; en 1991 et 1994, les décisions de la France n'avaient suscité aucune opposition de la Commission européenne. Rappelons pour mémoire que le principe de l'égalité de traitement en matière de rémunération effective est toujours inscrit dans le code du travail, au bénéfice des primo migrants, dont l'introduction est demandée en France par des entreprises qui ne trouvent pas sur le marché du travail la main-d'œuvre dont elles ont besoin. Pourquoi l'avoir alors supprimé pour les salariés détachés en 2005 ?

2^{ème} mesure La limitation de la durée du détachement à douze mois, pouvant être prolongée de six mois.

La durée du détachement en France n'a jamais été une source de problème, de fraude ou de contentieux, à quelque titre que ce soit, depuis 1986, date de l'entrée de l'Espagne et du Portugal dans l'Union européenne. Il n'existe aucune décision de la Cour de cassation sanctionnant une durée excessive d'un détachement, dont on perçoit mal l'abus intrinsèque. Vouloir limiter la durée du détachement est donc sans objet et sans utilité, au regard de la lutte contre le dumping social et contre la fraude. D'ailleurs, la France ne s'est jamais expliquée sur l'intérêt juridique ou opérationnel de cette mesure, dont le contrôle va par ailleurs se heurter à des difficultés factuelles considérables. Une telle mesure risque au contraire de générer de nouvelles fraudes, notamment par des effets de substitution, de noria et de turn-over organisés.

Les fraudes commises sur le territoire français par les entreprises étrangères et leurs donneurs d'ordre français sont bien réelles et nombreuses, mais ne sont jamais en relation avec la durée du détachement. Elles sont d'une toute autre nature, bien plus efficaces. Les fraudes résultent du contournement et de la dénaturation, soit des conditions et des règles d'exercice de l'activité économique sur le territoire français par les entreprises étrangères (par exemple, la fraude à l'établissement), soit des critères et des caractéristiques du détachement (par exemple, la subordination juridique assurée par un employeur de fait en France par le recours à de la fausse sous-traitance).

Ces fraudes sont ignorées des textes communautaires et par l'accord du 23 octobre 2017, mais elles sont fort heureusement sanctionnées par le juge français depuis 1994, sur le fondement des lois et de l'ordre juridique français. Elles n'ont nullement pour origine ou pour cause une durée excessive du détachement. La lutte contre le dumping social et contre le travail illégal ne passe pas par une limitation de la durée du détachement.

3^{ème} mesure L'application aux entreprises étrangères des conventions et accords collectifs étendus en vigueur en France.

Il s'agit également de l'une des mesures assurément indispensables pour respecter le principe de non-discrimination en raison de l'origine ou de la nationalité et pour lutter contre la concurrence sociale déloyale. Mais cette mesure est déjà effectivement appliquée en France depuis l'entrée en vigueur du décret du 11 juillet 1994, codifié dans le code du travail. Depuis cette date, les salariés détachés bénéficient en effet, sans réserve ou limitation, des conventions ou accords collectifs étendus en vigueur en France. A ce titre, s'appliquent notamment les dispositions relatives aux salaires, aux primes et aux indemnités prévus par ces textes conventionnels étendus. L'accord du 23 octobre 2017 ne fait donc que confirmer une obligation sociale française, vieille de plus de 20 ans. Il ne s'agit ni d'une nouveauté, ni d'une avancée sociale. Au contraire, la France a été précurseur de cette mesure, en la rendant obligatoire depuis fort longtemps pour les entreprises étrangères qui détachent des salariés sur son territoire. Considérer que cette mesure est une amélioration sociale pour les salariés détachés sur le territoire français est assez surprenant.

4^{ème} mesure L'égalité de traitement entre les salariés intérimaires détachés et les salariés permanents en emploi direct en France.

Il s'agit également de l'une des mesures assurément indispensables pour respecter le principe de non-discrimination en raison de l'origine ou de la nationalité et pour lutter contre la concurrence sociale déloyale. Mais cette mesure elle aussi est déjà effectivement appliquée en France depuis l'entrée en vigueur du décret du 11 juillet 1994. Depuis cette date, les salariés intérimaires détachés bénéficient des mêmes droits que les salariés intérimaires employés par des entreprises de travail temporaire françaises, y compris en termes de rémunération. Sous réserve de quelques ajustements et adaptations, ces salariés intérimaires, tout comme les salariés sous contrat de travail à durée déterminée, bénéficient de l'égalité de traitement avec les salariés permanents depuis 1982. Il n'existe donc aucune différence de traitement entre ces deux catégories de salariés intérimaires. L'accord du 23 octobre 2017 ne fait donc que confirmer une obligation sociale française vieille de plus de 20 ans. Il ne s'agit ni d'une nouveauté, ni d'une avancée sociale. Au contraire, la France a été également précurseur de cette mesure, en l'appliquant spontanément depuis fort longtemps aux salariés intérimaires détachés. Considérer que cette mesure est une amélioration sociale pour les salariés détachés sur le territoire français est tout aussi assez surprenant.

5^{ème} mesure Adopter des dispositions spécifiques pour le transport terrestre ou fluvial

La directive 96/71 sur le détachement n'exclut pas les activités de transport terrestre ou fluvial, à l'occasion desquelles des entreprises étrangères détachent des salariés sur le territoire français ; ces entreprises et ces détachements relèvent de la directive. Les textes normatifs français, qui définissent les règles sociales du détachement des salariés, s'appliquent également aux entreprises de transport terrestre ou fluvial, même si quelques aménagements formels sont envisagés, tels que l'attestation de détachement, mais sans remettre en cause le fond de la législation.

L'état actuel du droit communautaire et de la législation nationale française est donc plutôt favorable aux salariés détachés travaillant dans cette branche et constitue un facteur de lutte contre le dumping social, même si les professionnels français souhaitent une réduction des opérations de cabotage sur le territoire français.

L'annonce faite dans l'accord du 23 octobre 2017 de prévoir des dispositions spécifiques pour les salariés détachés dans cette branche d'activité fait peser une hypothèque sur le niveau de protection sociale de ces salariés qui résultera *in fine* de ces négociations, notamment en termes d'égalité de traitement en matière de rémunération.

Au final, l'accord du 23 octobre 2017 n'améliore pas de façon visible le dispositif juridique français de lutte contre le dumping social qui existe depuis 1994, et encore moins le dispositif juridique de lutte contre le travail illégal. Au mieux, il permet de restaurer le principe d'égalité de traitement en matière de rémunération, que la France avait supprimé en 2005, mais qu'elle pouvait rétablir de son propre chef.

Le plus préoccupant est sans doute la posture timorée désormais adoptée par la France depuis quelque temps en matière de lutte contre le dumping social. De précurseur, la France est devenue attentiste. Or, la France doit rester maître de son ordre public social et de ses

lois de police, comme elle le faisait depuis la publication de la circulaire Soisson de 1991, qui constitue une initiative et une référence remarquables en matière de lutte contre le dumping social. Une attitude plus dynamique des pouvoirs publics français est nécessaire pour faire adopter les quelques bonnes mesures de police sociale indispensables qui manquent, notamment en facilitant la mise en cause des donneurs d'ordre français qui recourent à ces entreprises étrangères pourvoyeuses de salariés détachés à bas coût.