

IRES

Document de travail

N° 04.06

**Vers une immigration permanente de
travailleurs temporaires**

**Du mode 4 de l'AGCS aux différents régimes migratoires
de travailleurs détachés**

Antoine Math (IRES) et Alexis Spire (CNRS, CERAPS-Lille)
Juin 2004

Sommaire

Introduction.....	p.3
Section I. L'accord général sur le commerce des services (AGCS)	p.5
Section II. Le mode 4 de l'AGCS dans ses différentes variantes : une menace pour les normes sociales ?.....	p.8
<i>II.1.</i> Le mode 4, une des quatre façons d'exporter un service selon l'AGCS	p.8
<i>II.2.</i> Le mode 4 dans sa version originale OMC ou le danger du dumping social par délocalisation sur place.....	p.9
<i>II.3.</i> Le mode 4 dans les propositions de l'UE : une version plus protectrice au regard des normes sociales	p.11
Section III. La législation sociale applicable aux travailleurs migrants détachés dans le cadre d'une prestation transfrontalière de service	p.14
<i>III.1.</i> La législation en matière de droit du travail	p.14
<i>III.2.</i> La législation en matière de protection sociale	p.16
Section IV. Les risques de contournement des normes sociales via le recours à des migrants détachés	p.18
<i>IV.1.</i> Les limites liées au contrôle et à l'effectivité des normes sociales obligatoires.....	p.18
<i>IV.2.</i> Même appliquées, les obligations sociales n'assureraient pas une réelle égalité de traitement et seraient insuffisantes pour éviter un risque d'abaissement des normes sociales.....	p.21
<i>IV.3.</i> Des travailleurs placés par la législation sur le séjour en position inégale et de fort assujettissement à l'employeur	p.23
Section V. Droit au séjour et normes sociales : de l'utilité de la migration temporaire sous contrat de travail afin de « brider » le salariat.....	p.25
<i>V.1.</i> Droit au séjour non lié à l'emploi	p.27
<i>V.2.</i> Droit au séjour dont le maintien est conditionné à l'occupation d'un emploi autorisé.....	p.29
<i>V.3.</i> Droit au séjour conditionné à l'exercice d'un emploi pour un employeur exclusif et/ou dans le cadre d'un contrat de travail exclusif.....	p.30
Section VI. Le migrant temporaire sous contrat de travail : un modèle d'exploitation privilégié	p.32
Conclusion	p.35
Annexe : La législation en matière de droit du travail des travailleurs détachés.....	p.36

Vers une immigration permanente de travailleurs temporaires Du mode 4 de l'AGCS aux différents régimes migratoires de travailleurs détachés

Antoine Math (IRES) et Alexis Spire (CNRS, CERAPS-Lille)

*« Ce qu'ils sont, ce qu'ils pensent
ça n'a pas d'importance
on ne veut que leur bras... »*

Les immigrés (1976), chanson de Michel Bühler

Introduction

Les pays membres de l'organisation mondiale du commerce (OMC) qui rassemble près de 150 pays ne sont pas parvenus à un accord à Cancun en septembre 2003 lors de la renégociation de l'accord général sur le commerce des services (AGCS). A cette occasion, de nombreux commentaires ont porté sur le « mode 4 » de l'AGCS présenté comme un moyen d'envoyer des travailleurs migrants temporaires détachés dans des conditions de travail et de salaire plus précaires que celles en vigueur dans le pays d'accueil et pouvant constituer une menace pour les normes sociales. En même temps, le recours à des salariés détachés connaît une hausse exponentielle depuis quelques années en France. Selon une étude de la Délégation interministérielle à la lutte contre le travail illégal (DILTI), leur nombre aurait augmenté de près de 40% en 2001¹. On se propose de revenir sur ces formes de plus en plus prisées de mobilisation de travailleurs étrangers et d'en comprendre le contexte et les enjeux.

Il convient d'abord de revenir sur l'AGCS (Section I) et sur ce que recouvre le « mode 4 », en distinguant d'une part la version initiale telle qu'elle apparaît – de manière floue - dans l'accord AGCS de l'OMC lui-même et dans les interprétations qu'ont pu en donner certains pays ou le secrétariat de l'OMC, d'autre part sa déclinaison dans les engagements déjà pris par l'Union européenne (UE) et dans les nouvelles propositions faites par l'UE pour Cancun (Section II). Il s'avère que le mode 4 de l'AGCS n'est qu'une des modalités possibles de ce qui existe déjà en matière d'envoi de travailleurs migrants temporaires dans le cadre d'une prestation transfrontalière de service. Pour apprécier les conséquences potentielles du mode 4 de l'AGCS sur les normes sociales, il est donc nécessaire d'élargir la réflexion à toutes les modalités existantes d'envoi de travailleur migrants temporaire détachés. A cette fin, nous dressons d'abord un bref panorama descriptif de ce que prévoit la législation actuelle, communautaire et française, tant du point de vue du droit du travail qu'en matière de protection sociale (Section III). Il est possible ensuite de revenir sur les risques de contournement des normes d'emploi et de protection sociale que portent en germe le développement des différentes formes d'envoi de travailleurs détachés et les risques pour les salariés concernés mal protégés en droit et/ou en fait et placés dans une situation subordination accrue vis-à-vis de l'employeur (Section IV). Dans le débat sur l'avenir de l'immigration, ce qui compte n'est certainement pas tant la quantité des migrants qui arrivent sur le marché du travail contrairement à ce que laissent penser les discours d'acteurs politiques ou d'experts (démographes, économistes, statisticiens) focalisés sur les chiffres, mais bien davantage les conditions juridiques et sociales dans lesquels les migrants sont placés. Le risque d'une remise en cause des normes sociales par la concurrence de travailleurs migrants est d'autant plus grand si ces derniers sont astreints à un statut discriminatoire par rapport aux autres

¹ DILTI (2002), *L'intervention en France des entreprises étrangères prestataires de services*, Rapport d'enquête, juin 2002. Valérie Devillechabrole, « Un étranger détaché, ça coûte moins cher qu'un salarié français », *Liaisons sociales Magazine*, septembre 2003.

salariés sur le marché du travail et/ou sont assujettis à une relation de dépendance plus forte vis-à-vis de l'employeur. L'histoire et l'actualité fournissent nombre d'exemples de ces formes de délocalisation sur place ou dumping social par l'utilisation de migrants. Inversement, plus les salariés migrants se trouvent dans des situations égales en droit et en fait, en particulier à travers un droit à une sécurité juridique au séjour, moins ils sont mis en situation d'être davantage exploités que les autres salariés, moins ils peuvent être utilisés comme moyen d'affaiblir le rapport salarial à l'avantage des employeurs, moins ils peuvent servir, à leur corps défendant, de cheval de Troie du libéralisme économique. A la différence du salarié « libre » de rompre son contrat de travail, sans perdre plus que son emploi, le travailleur migrant détaché est davantage assujetti au bon vouloir de son employeur. De toutes les formes d'immigration autorisée, elle apparaît comme potentiellement la plus nocive pour les systèmes sociaux. De manière analogue au recours aux travailleurs sans papiers, le recours à cette main d'œuvre autorise une délocalisation sur place. Mais avec une différence : cette délocalisation s'opère en toute légalité et peut donc s'étendre à d'autres niveaux d'emplois et à d'autres secteurs d'activité que ceux généralement propices à l'emploi de sans papiers (services domestiques, restauration, nettoyage, BTP, etc.). A la différence d'autres régimes d'immigration, il s'agit de la forme la plus « bridée » de mise au travail des étrangers, c'est-à-dire qu'elle place l'étranger dans la situation juridique légale permettant la plus forte subordination à l'égard de l'employeur (Section V). Elle est potentiellement source d'abaissement de normes sociales et répond aux exigences des employeurs pour un travailleur plus flexible rémunéré pour sa seule force de travail. Que le développement de l'envoi de migrants temporaires dans le cadre d'une prestation transfrontalière soit le résultat d'une volonté délibérée ou tout simplement le résultat de la logique de libre échange aussi bien au sein de l'espace économique européen (EEE) que dans le cadre mondial, cette forme d'immigration apparaît privilégiée – dans les textes et dans les discours - au détriment d'une immigration légale dite permanente et disposant de droits étendus. En témoignent les évolutions récentes des législations et les orientations prises au niveau de l'Union européenne en particulier deux décisions récentes, l'une relative aux ressortissants de nouveaux Etats membres depuis le 1^{er} mai 2004, l'autre aux ressortissants d'Etats tiers résidant légalement depuis longtemps dans l'UE (Section VI).

Sur cette question assez complexe, nous n'avons pas toujours trouvé d'analyses satisfaisantes et avons dû défricher des terrains inconnus et aller aux limites de nos capacités, d'où probablement des erreurs et des oublis². Toute réaction critique est la bienvenue, l'un des objectifs étant de susciter réflexion et débat³.

² Nous nous sommes basés sur les nombreuses sources écrites citées, ainsi que sur des entretiens et des échanges avec plusieurs personnes parmi lesquelles des spécialistes du droit du travail et du droit des étrangers, des chercheurs, des syndicalistes et des militants associatifs.

³ Pour une présentation résumée de notre réflexion, voir Math A. et Spire A. (2004), « Des travailleurs jetables », *Plein Droit* n°61, juin 2004 (<http://www.gisti.org/doc/plein-droit/61/index.html>)

Section I. L'accord général sur le commerce des services (AGCS)

L'AGCS a été signé en 1994 dans le cadre de l'OMC et, il faut le souligner, cet accord est déjà en vigueur depuis janvier 1995⁴. Il étend aux services la logique des accords sur la libéralisation du commerce des biens pris sous l'égide de ce qui était connu comme le GATT (*General Agreement on Tariffs and Trade*). La logique est celle de la libre concurrence. Il s'agit d'éliminer les obstacles qui restreignent le commerce et de promouvoir le libre échange, qui en mettant en concurrence des systèmes productifs différents, doit être source d'avantages mutuels pour les participants aux échanges. A cette fin, l'OMC crée des droits, sous formes de normes minimales, pour les entreprises exportatrices.

L'enjeu de l'AGCS est d'importance car les services représentent en Europe plus des deux tiers des emplois et de la richesse produite. L'AGCS comprend l'accord proprement dit, des annexes ainsi que des engagements de libéralisation spécifiques faits par des pays ou groupe de pays comme l'Union européenne (UE). Ces engagements déjà pris lors de la signature de l'accord en 1994, et qui ont évolué depuis son entrée en vigueur en 1995, ne doivent pas être confondus avec les « offres » de nouveaux engagements faites par les divers pays et l'UE en vue de la négociation de Cancun ou pour des sommets ultérieurs. Tout nouvel engagement ne peut consister qu'en une libéralisation supplémentaire.

L'enjeu de la renégociation n'est pas tant de revenir sur le texte de l'accord lui-même, quasiment gravé dans le marbre (sauf nouvel accord à l'unanimité des Etats), mais d'obtenir de nouveaux « engagements spécifiques » pris par les pays et visant donc à étendre la libéralisation du commerce des services à de nouveaux secteurs et/ou par la facilitation de nouvelles modalités (dits « modes ») de fourniture de ces services. Cette logique de libéralisation des services, qui ne fait qu'entériner ou généraliser un processus enclenché sans l'OMC, est souvent critiqué, par exemple parce qu'elle s'étend aux services publics – ce qui entraîne forcément leur privatisation au moins partielle.

Les critiques portent autant sur le contenu de l'accord que sur des questions de formes, notamment sur les modes de négociations, de décisions ou de règlements des litiges et sur le manque de transparence et d'« accountability » de l'OMC (cf. encadré).

Les critiques de « formes » adressées à l'AGCS

L'AGCS est critiqué à travers le mode de fonctionnement de l'OMC et les modes de décision et de négociations.

Font notamment l'objet de critiques :

- le caractère non démocratique et non transparent des négociations : à la différence des autres agences des Nations Unies, l'OMC n'accorde par le statut d'observateur aux représentants de la société (ONG, parlementaires, syndicats), les citoyens ne sont ni consultés, ni informés de négociations menées à huis clos, les informations sur les négociations de l'UE sont occultées aux citoyens, aux parlementaires

⁴ Sauf mentions contraires, les informations sur l'OMC et l'AGCS sont issues des sources suivantes : les textes de l'OMC et celui de l'AGCS lui-même qu'on peut trouver sur le site de l'OMC (www.wto.org) ; le site de la Commission européenne (<http://europa.eu.int/comm/trade/services/>) pour les offres de l'Union européenne et ses explications de texte; Rainelli Michel (2004), *L'Organisation mondiale du commerce*, 7^{ème} édition, Collection Repères, La Découverte ; « L'OMC s'attaque aux services », dossier d'*Alternatives Economiques* n°213, avril 2003 ; Weber Louis (2003), *OMC, AGCS. Vers la privatisation de la société ?*, Collection comprendre et agir, éditions Syllepse ; les analyses des sites spécialisés www.gatswatch.org et www.wdm.org.uk ; le site du Forum des Services Européens, lobby des grandes entreprises européenne des services (www.esf.be) ; le site d'Attac (www.attac.org) ; les documents de la coordination pour le contrôle citoyen de l'OMC (CCCOMC) ; Chalmin Philippe, « Le cycle de Doha : enjeux et forces en présence », *Problèmes économiques* n°2839, 14 janvier 2004 (repris de *Paysans* n°281, sept-oct 2003) ; Le rapport parlementaire n°1824 de Béatrice Marre du 30 septembre 1999, 506 pages (<http://www.assemblee-nationale.fr/europe/rap-info/i1824.pdf>) ; Agnès Bertrand et Laurence Kalafatides (2002), *OMC, le pouvoir invisible*, édition Fayard ; Attac (2001), *Remettre l'OMC à sa place*, édition Mille et une nuits .

nationaux et aux parlementaires européens⁵ alors que les entreprises multinationales sont aux premières loges et sont consultées systématiquement avant et lors des négociations⁶, etc.

- le caractère très inégalitaire de ces négociations : les pays sont théoriquement libres de choisir les secteurs qu'ils libéralisent, mais dans la pratique, les pays riches via les gouvernements ou les entreprises multinationales exercent des pressions bilatérales très fortes sur des gouvernements du Sud qui n'ont pas toujours les moyens, ou trouvent des avantages pour eux ou certaines de leurs entreprises mais pas forcément pour leurs peuples, à céder ; alors que les réunions de négociations se multiplient par dizaines, les pays du Sud n'ont souvent qu'un ou deux experts ; de plus, des rencontres en petit comité décidées par le directeur de l'OMC permettent de les écarter ; entre le Nord et le Sud, la demande de libéralisation est quasiment à sens unique pour l'essentiel : la Commission a par exemple adressé des demandes de libéralisation de secteurs à 41 pays considérés à faible revenu et n'en a reçu que 3 en provenance de tels pays.

- le mode de décision non démocratique des organes de l'OMC, notamment de l'Organe de règlement des différends (ORD) ; son usage de fait très inégalitaire entre pays du Nord et du Sud ; la non soumission de l'ORD aux normes sociales, sanitaires et environnementales des autres instances des Nations Unies.

- le caractère en pratique irréversible des décisions prises, et donc également peu respectueux des choix démocratiques : l'article 21.2 de l'OMC stipule par exemple qu'un pays voulant se rétracter d'un engagement de libéralisation est dans l'obligation de dédommager les autres pays à hauteur des préjudices subis.

Les critiques sur la forme ne sont pas sans lien avec celles portant sur le contenu et notamment la caractéristique principale de l'AGCS qui est de pousser à une marchandisation accrue des activités humaines. L'AGCS va en effet plus loin qu'une simple extension du commerce des services dont on peut penser communément qu'ils sont commercialisables.

- D'abord, l'AGCS semblent viser **quasiment toutes les activités humaines**. Sont expressément désignés onze secteurs avec, pour chacun, des sous secteurs (160 en tout). On y trouve les services aux entreprises, la santé, les services sociaux, l'éducation (« education market »), les services récréatifs, culturels et sportifs, la recherche, le tourisme, les transports, les télécommunications, les services d'environnement (eau, énergie..) ou encore les biotechnologies⁷. Au cas où une activité aurait été oubliée, une 12^{ème} catégorie couvre les « autres services non compris ailleurs ». Seuls les pouvoirs régaliens de l'Etat semblent épargnés (article 1 de l'AGCS)⁸. Avec les accords en vigueur (signés en 1994), les pays ont listé les secteurs ou sous-secteurs qu'ils acceptaient déjà de libéraliser dès 1995, et selon quelles modalités. Un des enjeux de la renégociation, qui se poursuit après Cancun, est donc d'obtenir de nouveaux engagements spécifiques des pays sur de nouveaux secteurs.

⁵ Lors du dépôt des offres de l'UE en matière de libéralisation des services, un seul parlementaire européen a été autorisé à voir les documents à Bruxelles, avec interdiction de les photocopier. De nombreuses ONG dans le monde demandent la création d'une délégation parlementaire de suivi des institutions commerciales et financières internationales et des négociations transparentes (en France, voir par exemple www.agirici.org).

⁶ La proximité des milieux patronaux avec les négociateurs est largement reconnue. Cf. « A la veille du sommet de l'OMC, les dessous de Cancun », *Les Echos*, 8 septembre 2003 ; Weber, op. cit., pp.34 et s. Sur le rôle des lobbies, voir les travaux de l'Observatoire européen des entreprises (Corporate Europe Observatory <http://www.corporateeurope.org/>), en particulier Balanya B. et alii (1999), *Europe Inc. Regional and Global Restructuring and the Rise of Corporate Power*, Pluto Press & CEO (traduit en français par *Europe Inc. Liaisons dangereuses entre institutions & milieux d'affaires européens*, éditions Agone, 2000).

⁷ De nombreux acteurs ont demandé le retrait de certains secteurs. Par exemple, des grandes fédérations de la CISL comme l'internationale de l'Education et l'internationale des services publics ont demandé que leurs secteurs soient retirés de l'AGCS. Cf. Weber, op. cit.

⁸ L'article 1 parle de « services fournis dans l'exercice de l'autorité gouvernementale » mais ajoute que cette exception ne vaut que si ces services ne sont fournis « ni sur une base commerciale, ni en concurrence avec un ou plusieurs prestataires de services ». Or on achète bien des timbres poste, des billets de train ou de métro, il existe bien des écoles, des cliniques et des prisons privées, etc. Avec la définition retenue, il ne devrait rester hors AGCS que l'armée, la justice et la banque centrale européenne.

- Ensuite et surtout, l'AGCS suit les règles de l'OMC qui vont **beaucoup plus loin que les accords de libre échange du GATT et dépassent le seul commerce** proprement dit, contrairement à ce qu'on pourrait penser de prime abord. Comme la logique est de ne pas « discriminer » les entreprises, ni leurs produits ou services et de bannir la concurrence déloyale, tout pays peut contester comme « barrière illégale au commerce » n'importe quelle mesure (loi, décision) nationale ou locale dans un autre pays si cette mesure compromet les avantages que des entreprises étrangères pouvaient raisonnablement s'attendre à tirer des engagements de l'Etat au regard de l'accord AGCS⁹. L'OMC peut établir des « disciplines » pour empêcher que les réglementations intérieures d'un pays ne soient pas « plus rigoureuses qu'il est nécessaire pour assurer la qualité du service » et ne « constituent pas des obstacles non nécessaires au commerce ». Les plaintes sont instruites par le tribunal interne de l'OMC (Organe de Règlement des Différends), en fait par trois experts¹⁰ siégeant à huis clos et décidant sur la seule base des règles de l'OMC, sans considération de fait des autres normes internationales en matière de droits humains (ONU, BIT, OMS, etc.). Seule la référence au caractère « nécessaire » des normes a pu permettre de dire que l'OMC pouvait prendre en compte d'autres objectifs telle que la protection des personnes, des espèces vivantes, de l'environnement ou de la santé publique. Dans la pratique, les règles de l'OMC limitent la capacité des pays à fixer des niveaux de sécurité pour l'alimentation ou la protection de l'environnement. Le tribunal de l'OMC, l'ORD, offre des droits de rétorsions sous la forme d'autorisation de droits de douane pour les pays qui s'estiment lésés. En fait, la seule menace de plainte suffit en général pour faire céder tout pays n'ayant pas le poids des Etats-Unis ou de l'UE, les seuls à pouvoir résister et négocier. Ainsi, suite à une plainte, l'Inde a dû lever son interdiction de brevetage des semences et des médicaments. Autre exemple, un projet d'étiquetage néerlandais signalant une sylviculture respectueuse de l'environnement a ainsi dû être abandonnée car menacé d'une plainte à l'OMC¹¹. Et suite à une contestation de l'OMC elle-même, l'Europe a accepté d'abandonner sa politique d'éco-étiquetage lors des marchandages au sommet de l'OMC à Doha en novembre 2001 (au cours des marchandages qui portaient aussi sur les subventions agricoles...)¹². Dans cette même logique, déjà applicable depuis 1995 aux biens mais aussi aux services déjà libéralisés dans le cadre le l'AGCS, l'interdiction d'importation de bœuf aux hormones ou de produits contenant des OGM en Europe est considérée comme contrevenant aux règles de l'OMC. En vertu de la clause du « traitement de la nation la plus favorisée » (article 2 de l'OMC) fondatrice de tous les accords de libre échange, un pays qui accorde l'accès à ses ressources, par exemple ses nappes phréatiques, à une entreprise étrangère, doit concéder le même avantage à toutes les entreprises étrangères qui le demandent au regard du principe de « non discrimination ». Ce qui va à l'encontre des déclarations sur le développement durable. Déjà, sur cette base, les pays riches poussent le Brésil et le Mexique à abandonner leur loi de protection du littoral qui limite le bétonnage et la captation des nappes. Dans le même ordre d'idée, l'UE a demandé à 72 pays du Sud la libéralisation de leur secteur de l'eau potable, y compris quand les systèmes de ces pays marchent bien et/ou que ces pays ont déjà choisi de refuser la privatisation, mais elle se garde d'ouvrir elle-même ce secteur¹³.

⁹ Voir notamment les articles 6.4, 1.3, 23.3 de l'AGCS.

¹⁰ Parmi 8 ou 9 membres en tout, experts du commerce international, la plupart issus des grandes entreprises.

¹¹ Courrier international n°460, 26 août 1999. Courrier de la planète (revue de Solagral) n°59, 2000. Cités par le CCCOMC.

¹² *Le Monde*, 15 novembre 2001 cité par CCCOMC.

¹³ Au motif que « l'Union européenne a reçu très peu de demandes dans ce domaine. Elle n'a donc pas proposé de prendre d'engagement [...] » (Commission européenne, « Agenda de développement de Doha – La négociation sur les échanges de services. Organisation Mondiale du Commerce », MEMO/02/92, Bruxelles, 28 avril 2003).

Section II. Le mode 4 de l'AGCS dans ses différentes variantes : une menace pour les normes sociales ?

La logique de libéralisation de l'AGCS défend surtout les intérêts des entreprises, des entreprises multinationales surtout et de fait surtout celles du Nord. Le principe de « non discrimination » au cœur de l'OMC ne concerne d'ailleurs pas les individus.

Comme nous l'avons vu, les normes potentiellement atteintes visent des questions d'environnement, de santé ou d'éducation, mais peuvent aussi viser les questions sociales. Parmi ses demandes de libéralisation adressées au Sud lors des négociations de Cancun, l'UE demandait ainsi au Cameroun de supprimer de sa réglementation l'obligation de créer au moins un emploi pour tout investissement d'au moins 5 millions de francs CFA.

Par ailleurs, et en règle générale, on peut noter que le salaire minimum et la sécurité sociale ont déjà été traités par l'OMC comme des « obstacles techniques au commerce » potentiels¹⁴. Mais jusqu'à présent ce ne pouvait en pratique pas poser un problème ni avec le commerce des biens, ni avec le commerce traditionnel des services c'est-à-dire le commerce dans lequel une entreprise dans un pays A envoie vers le pays B des biens ou services produits dans le pays A. Dans ce cas, les normes sociales appliquées aux travailleurs qui fabriquent le bien ou fournissent le service sont forcément celles du pays A, là où les travailleurs vivent. Les normes sociales du pays B ne sont pas visés et ne peuvent d'ailleurs être considérés comme une entrave au commerce¹⁵.

Mais les nouvelles modalités de fourniture du commerce prévus par l'AGCS, en particulier le « mode 4 », peuvent changer la donne. Les négociations menées depuis quelques années visent à élargir les engagements des Etats aux secteurs ou sous secteurs d'activité qu'ils n'ont pas déjà inclus dans leurs engagements (en 1994 ou après), mais aussi à étendre les engagements sur des sujets dit « horizontaux », c'est-à-dire qui concernent potentiellement tous les secteurs, en particulier le « mode » de fourniture des services¹⁶.

II.1 Le mode 4, une des quatre façons d'exporter un service selon l'AGCS

Selon l'AGCS, il existe 4 façons d'exporter un service.

Le mode 1 : la fourniture transfrontalière de service

Le service est produit dans le pays A et est consommé dans le pays B (les conseils d'un cabinet d'avocat à un client dans un autre pays, l'enseignement à distance, etc.).

Le mode 2 : la consommation de services à l'étranger.

Lorsqu'un touriste étranger paie le garagiste ou l'hôtel en France ou qu'un étudiant étranger fréquente une université française et paie des frais de scolarité, ces opérations sont traditionnellement considérées comme des exportations françaises de service.

Ces deux premiers modes ne soulèvent pas de nouvelles questions. Ce sont ces échanges qui sont retracés dans les balances commerciales. Les deux autres constituent une nouveauté au regard des règles du libre échange et des normes comptables en matière commerciale.

¹⁴ Document de l'OMC (S/CSS/W/50 &35, 42, 47)

¹⁵ sauf dans la situation où les salaires et normes sociales dans le pays B seraient très inférieures à celles du pays A et à condition que l'on se mette à considérer qu'abaisser les coûts de production par compression des coûts salariaux décourage les importations (par leur renchérissement relatif) et constitue un frein au commerce, ce qui est évidemment une optique totalement exclue de la logique de libre-échange qui au contraire pousse à la réduction des coûts par mise en concurrence des systèmes productifs afin d'augmenter les exportations.

¹⁶ Les autres « engagements transversaux » ou « horizontaux » portent sur des questions tels que les investissements, l'immobilier, la personnalité juridique des succursales des entreprises étrangères ou encore les subventions.

Le mode 3: le service fourni par l'intermédiaire d'une présence commerciale (investissement direct)

Un fournisseur du pays A s'installe dans un pays B (filiales, joint ventures, etc.). Inclure l'investissement dans le libre commerce revient à la logique du projet d'accord multilatéral d'investissement (AMI) préparé en catimini par l'OCDE et dont la mise en lumière avait finalement conduit le gouvernement français à mettre fin en 1998¹⁷. Dans une version plus poussée – qui n'est pas celle de l'AGCS mais qui n'est ni formellement écartée pour l'avenir par l'AGCS, ni irréaliste à terme puisqu'elle est déjà en vigueur dans le cadre de l'ALENA (accord de libre échange nord américain), inclure les investissements pourrait conduire à ce qu'une entreprise ayant investi dans un pays puisse demander des dédommagements à ce pays si le profit attendu n'est pas au rendez-vous parce que la législation a changé, par exemple en matière de normes de pollution, de droit du travail ou de salaire minimum. Ce qui en pratique permettrait de s'opposer à l'édiction de nouvelles normes protectrices.

Le mode 4: un service fourni par l'envoi temporaire de personnes physiques (dans le jargon, présence ou mobilité de personnes naturelles).

Une fournisseur de service d'un pays A envoie temporairement ses salariés pour effectuer un service dans le pays B dans le cadre d'un contrat passé avec une entreprise du pays B.

Il ne faut surtout pas voir dans ce mode 4 un moyen pour les personnes d'exercer un droit individuel à la mobilité. Il s'agit uniquement d'un droit ou d'une liberté ouverte aux entreprises, pas du tout aux individus concernés. Au cas où il y aurait un doute, l'annexe de l'AGCS sur le mode 4 vient bien préciser explicitement d'une part que cette liberté ne s'applique pas aux personnes qui « *cherchent à accéder au marché du travail* » de l'Etat, ni « *aux mesures concernant la citoyenneté, la résidence ou l'emploi à titre permanent* » et d'autre part que l'Etat d'accueil peut toujours « *appliquer des mesures pour réglementer l'admission ou le séjour* » - en clair le « mode 4 » ne permet pas contourner des verrous à la mobilité comme l'exigence d'un visa, d'un titre de séjour et d'une autorisation de travail. L'annexe précise cependant que ces mesures pour réglementer l'admission sont autorisées « *à condition de ne pas annuler ou à compromettre les avantages [...] découlant* » de l'engagement d'ouvrir la fourniture de services d'un secteur. Les « *avantages* » dont il est question ici sont uniquement ceux des entreprises qui commercent, pas les avantages ou intérêts éventuels dont voudraient se prévaloir les travailleurs envoyés. Ce qui signifie que si un pays restreignait exagérément les possibilités d'une entreprise étrangère à envoyer des travailleurs dans le cadre d'une prestation de service (alors qu'elle s'y engagée dans le cadre de l'AGCS), cette entreprise pourrait demander des dédommagements. Les individus n'obtiennent aucun droit avec le mode 4.

Dans l'UE, c'est également cette approche qui prévaut. Après avoir rappelé que, « *le mode 4 n'a rien à voir avec les questions relatives à l'immigration, la citoyenneté et la résidence [et qu'] il ne concerne pas les ressortissants des pays tiers en recherche d'emploi ni ceux qui viennent occuper un emploi à durée déterminée* », la Commission prend soin de préciser, dès fois que certains verraient dans le mode 4 un moyen de donner des droits nouveaux aux étrangers, que « *l'offre de l'UE est compatible avec l'application de toutes les lois et exigences des Etats membres relatives au séjour (...)* ». ¹⁸

II.2 Le mode 4 dans sa version originale OMC ou le danger du dumping social par délocalisation sur place

L'accord AGCS ne prévoit pas que les normes sociales qui devraient s'appliquer sont celles du pays d'exercice de l'activité. Au contraire même. Comme les salariés ont un contrat de travail établi dans le pays de départ avec l'entreprise qui y est installée, une telle libéralisation des services fournis par l'envoi de travailleurs détachés, sans disposition supplémentaire contraignante, implique l'application des règles sociales du pays de départ et permet de contourner les règles du pays de travail en matière de droit du travail et de protection sociale. Elle autoriserait une « délocalisation sur place », légale à la grande

¹⁷ Cf. entre autres, Observatoire de la mondialisation (1998), *Lumière sur l'AMI. Le test de Dracula*, L'Esprit Frappeur n°31.

¹⁸ Commission européenne, « Agenda de développement de Doha – La négociation sur les échanges de services. Organisation Mondiale du Commerce », MEMO/02/92, Bruxelles, 28 avril 2003.

différence de la délocalisation sur place permise par le travail non déclaré, en particulier de sans papiers¹⁹. Ses conséquences sont potentiellement dangereuses pour les systèmes sociaux. L'immigration par le mode 4 aurait dans ce cas de figure un effet de pression à la baisse des normes sociales.

Cette logique de dumping social est d'ailleurs d'une certaine manière la poursuite de la logique même de concurrence de l'AGCS. Le libre échange a pour but justement de profiter des avantages induits de la mise en concurrence directe de systèmes productifs différents, sauf que dans le cas du mode 4 il s'agit de l'envoi pour des durées courtes de travailleurs avec les règles sociales du pays d'origine. C'est cette logique qui a été promue par l'OMC²⁰. Selon le secrétariat de l'OMC dans son étude pre-Seattle à propos des services de santé, « *les bénéfices significatifs ne viendront pas tant de la construction et de la gestion des hôpitaux, etc., que de la possibilité d'y employer un personnel plus qualifié, plus efficace et/ou moins cher que celui qui pourrait se trouver sur le marché du travail local* »²¹. La logique du secrétariat de l'OMC a aussi été soutenue par les Etats-Unis²² et par l'Inde²³. L'Inde a explicitement critiqué l'exigence relative aux conditions de travail du pays hôte et a demandé que les questions de sécurité sociale soient renvoyées à des accords bilatéraux entre pays en développement et pays développés qui permettraient l'exonération du paiement des cotisations²⁴. L'European Services Forum (ESF) qui représente les grandes entreprises européennes des services a fait des propositions²⁵ et dans un modèle de plan de travail (« model schedule ») pour le mode 4, demande d'écarter l'application des normes salariales du pays de travail pour les transferts intra-entreprises²⁶ et pour les envois dans le cadre de la fourniture d'un contrat de service supérieur à 50000 euros²⁷.

Face à la logique potentiellement destructrice de l'envoi de travailleurs migrants avec des droits moindres, des organisations syndicales demandent au contraire des garanties telles que la protection des travailleurs migrants contre toute forme de discrimination, le respect des normes de travail internationales et des lois nationales sur le travail, le paiement par l'employeur de leur part de sécurité sociale et le respect des accords collectifs existants²⁸.

¹⁹ Sur la notion de délocalisation sur place voir les analyses de Emmanuel Terray. « Le travail des étrangers en situation irrégulière ou la délocalisation sur place » in *Sans-papiers : l'archaïsme fatal*, La Découverte, 1999, pp.9-34. Voir également « L'économie du travail illégal », in Forum civique européen (2002), *Le goût amer de nos fruits et légumes. L'exploitation des migrants dans l'agriculture intensive en Europe*, Informations et commentaires – le développement en question, n° hors série, mars 2002, 132 pages.

²⁰ Documents OMC S/CSS/W/50 & 26, 60 et S/CSS/W/46 p9.

²¹ OMC, secrétariat, « Background note on health and social services ». Cité in Attac (2001), op. cit. page 61.

²² Note des Etats-Unis, S/CSS/W/29, 18 December 2000, *Movement of Natural Persons*.

²³ Note de l'Inde, S/CSS/W/12, 24 November 2000, *Proposed Liberalisation of Movement of Professionals under General Agreement on Trade in Services*.

²⁴ Note de l'Inde, S/CSS/W/12, 24 November 2000, op. cit. Voir aussi Raza W. (2003), *Current GATS negotiations on the temporary migration of natural persons (Mode 4): possible consequences for Germany and Austria*, Report commissioned by the Hans Böckler Stiftung and Ver.di, December 2003, 26 pages.

²⁵ European Services Forum: *Third Position Paper of the European Services Forum on the Temporary Movement of Key Business Personnel*, 20 July 2001, www.esf.be, page 3.

²⁶ «Wage parity (...) will not apply for Category 1 holders [intra-company visits]...», European Services Forum (2001), op. cit., page 10.

²⁷ « Contracts in excess of Euros € 50,000 will be exempt from (...) wage parity rules... », European Services Forum (2001), op. cit., page 10.

²⁸ « Déclaration des syndicats sur les négociations AGCS », Global Unions, ETUC et WCL, 7 juin 2002. Traduction française sur www.attac.org (original sur www.tuc.org.uk/international)

II. 3. Le mode 4 dans les propositions de l'UE : une version plus protectrice au regard des normes sociales

La crainte que la logique de dumping social par « délocalisation sur place » légalisée ne soit acceptée par l'UE a d'autant mieux été alimentée que Michel Servoz, haut fonctionnaire de la Commission et négociateur de l'UE pour l'AGCS, n'avait pas hésité au début des négociations en 1999 à vendre ainsi le mode 4 aux entreprises du BTP : « *les pays en voie de développement [...] peuvent fournir une force de travail hautement compétitive à des prix très bas* »²⁹.

Mais est-ce vraiment cela que l'UE mettait en jeu lors des négociations de Cancun en 2003 ? Fallait-il crier au loup ? Disons le tout de suite, la réponse est négative. La Commission a bien précisé que « *dans tous les cas, les conditions de travail, les exigences salariales minimales et d'éventuelles conventions salariales collectives en vigueur dans l'UE resteront applicables* »³⁰. Une précaution qui ne devrait pas exonérer d'un examen de plus près de cet engagement et surtout de s'interroger sur les diverses implications, du point de vue social notamment, des propositions de l'UE (rappelons que l'UE négocie pour l'ensemble des Etats membres).

L'UE a déposé ses propositions en vue de Cancun le 29 avril 2003. Rappelons que l'UE a signé l'AGCS en 1994 et a déjà des engagements limités au regard du mode 4. Le principal changement dans les nouvelles offres de l'UE par rapport aux engagements déjà pris dans le cadre de l'AGCS concerne d'ailleurs justement le mode 4. La Commission européenne a essayé de justifier ce nouvel engagement comme une réponse, une faveur généreuse accordée aux demandes des pays en développement. Ce qui est contestable. D'abord, si l'Inde a effectivement demandé une telle ouverture, rejointe par d'autres pays à quelques semaines de Cancun, la plupart des autres pays du tiers monde sont surtout demandeurs de visas et d'une plus grande ouverture à la mobilité de leurs ressortissants, et pas vraiment ou seulement dans les conditions particulières posées par le mode 4. Ensuite, dans les pays du Sud demandeurs, la demande provient des milieux d'affaires de ces pays, les groupes informatiques indiens notamment. Enfin, ces offres sont une réponse explicite aux demandes des grandes entreprises européennes des services et de leur représentant, l'ESF³¹. Un document du ministère français de l'économie des finances et de l'industrie le reconnaît : « *la position très offensive de l'Inde [sur le mode 4] rencontre, sur certains points, les revendications des industries de services européennes [...]* »³².

Les offres provisoires (en vue des négociations) de l'UE portent sur 4 catégories :

1) Les déplacements au sein d'une entreprise multinationale (transferts intra-entreprises)..

Seuls sont concernés par les propositions de l'UE, les cadres dirigeants et les « spécialistes » (ayant des connaissances rares essentielles) pour une durée maximale de 3 ans, et les personnes diplômées qui veulent se perfectionner (stagiaire) pour une durée maximale d'un an. Les entreprises ou organisations à but non lucratif sont exclues. Toutes les personnes concernées doivent avoir travaillé depuis au moins 1 ans dans l'entreprise avant le transfert. La seule nouveauté par rapport à ce que les pays de l'UE avaient déjà accepté lors de l'Uruguay round, c'est d'une part l'augmentation de 1 à 3 ans de la durée des transferts intra-entreprises et d'autre part l'élargissement des transferts intra-entreprises aux « stagiaires » pour lesquels les Etats conserveraient le droit de déterminer la nature du diplôme universitaire requis. S'il s'agit

²⁹ Cité in Attac (2001), page 60.

³⁰ Commission européenne, « OMC – Services. L'UE propose d'améliorer les échanges commerciaux au bénéfice des pays en développement » IP/03/582, Bruxelles, 29 avril 2003.

³¹ Voir sur www.esf.be les divers *positions papers* sur le mode 4 envoyés par l'ESF au commissaire européen chargé du commerce, en particulier : European Services Forum: *Third Position Paper of the European Services Forum on the Temporary Movement of Key Business Personnel*, 20 July 2001 ; sur l'intérêt bien compris des entreprises des pays européens, voir également « Two days ago, on 29 April 2003, the European Commission published its initial GATS offer », GATSwatch, Amsterdam, 1 May 2003 (www.gatswatch.org/offer-react.html)

³² *Document d'information sur l'AGCS*, 15 juin 2001, Secrétariat d'Etat au commerce extérieur (reproduit sur www.attac.org)

de formation, on peut toutefois se demander ce que vient faire cette proposition dans un accord de libéralisation du commerce lucratif de services.

Selon des travaux de la Banque Mondiale et de l'OCDE, ces transferts intra-entreprises représenteraient 42 % du commerce des services effectué par le mode 4, ce dernier représentant lui-même environ 2 % de la valeur du total du commerce des services³³.

2) Les visiteurs d'affaires (représentants, commerciaux) venus négocier un contrat avec une entreprise européenne. Ils ne doivent pas fournir le service eux-mêmes, ni vendre auprès du grand public, et ils ne peuvent venir que pour une durée cumulée de 90 jours par an maximum.

3) Les salariés dans le cadre d'une fourniture contractuelle de services

Dans les engagements à l'OMC antérieurs, l'UE avait déjà accepté qu'un travailleur soit envoyé dans le cadre d'un contrat de fourniture de service pour une durée maximale de 3 mois par an sur le territoire de l'UE, mais seulement sous certaines conditions restreintes et dans le cadre de contrats commerciaux de 3 mois maximum, et seulement dans une dizaine de sous secteurs d'activité : services juridiques ; services de comptabilité ; architecture, urbanisme, paysages ; ingénierie et services annexes ; informatique et services annexes ; publicité ; conseil en management ; services liés au conseil en management ; services d'analyse et de test techniques ; services de traduction. D'autres sous secteurs supplémentaires sont également déjà ouverts mais de manière variable selon les pays de l'UE. Par exemple, la France a déjà ouvert en plus le secteur de l'enseignement supérieur (sous fonds privés), les services en recherche développement, les services dans la construction, les services de loisirs et les services liés à la vente d'un équipement.

Dans ses nouvelles propositions de 2003, l'UE étend l'ouverture à une vingtaine de sous secteurs (sur 160 en tout). Parmi les nouveaux : écriture des livres de comptabilité, services de consultants techniques ou scientifiques, maintenance et réparation de matériels, services d'environnement. Beaucoup de services restent exclus. Au final, en ce qui concerne les secteurs concernés, les nouvelles propositions de l'UE apparaissent limitées. Les pays de l'UE ont proposé séparément des secteurs supplémentaires³⁴.

Mais l'UE propose aussi d'assouplir les possibilités de recours au mode 4, en particulier de passer à une durée de séjour cumulée sur l'année de 6 mois maximum par an contre 3 mois actuellement et pour des contrats commerciaux de 12 mois maximum contre 3 mois actuellement.

Trois conditions sont toutefois posées quant au travailleur

- possession d'un diplôme universitaire ou une qualification démontrant un niveau équivalent
- 3 ans d'ancienneté dans le domaine
- qualification exigée pour exercer l'emploi

En plus, suite à des demandes de certains Etats membres, la Commission a rajouté entre ses premières propositions de février 2003 et les propositions officielles communiquées à l'OMC fin avril 2003, la possibilité de fixer des plafonds numériques de travailleurs « mode 4 » par secteur de service³⁵.

Enfin, et contrairement à ce qui a été colporté, l'offre de l'UE prévoit que les travailleurs « mode 4 » devraient être employés en conformité avec les lois où ils travaillent. Notons cependant que l'UE n'a pas voulu défendre dans le cadre de l'OMC la Convention 94 de l'OIT qui prévoit des dispositions protectrices pour les travailleurs en cas d'activité passé dans le cadre d'un contrat public³⁶.

³³ Références citées in Jan Niessen, *Negotiating the liberalisation of migration. Is GATS a vehicle or a model for global migration governance ?*, Paper presented at the EPC-KBF Migration Dialogue Global Governance of Migration – Challenges for EU, Brussels, 28 October 2003.

³⁴ Pour l'Allemagne et l'Autriche, voir Raza W. (2003b), op. cit.

³⁵ Des pays s'engagent cependant à ne pas utiliser de tels plafonds : Danemark, Italie, Pays-Bas, Suède, Royaume-Uni (sauf pour les services informatiques dans le cas du Royaume-Uni).

³⁶ Convention de 1949 concernant les clauses de travail dans les contrats passés par une autorité publique, entrée en vigueur en 1952 et ratifiée par la plupart des pays de l'UE dont la France (cf. www.ilo.org)

4) Les travailleurs indépendants pourraient venir dans le cadre d'une fourniture contractuelle de service les mêmes conditions grosso modo que les salariés (sauf une condition d'ancienneté de 6 au lieu de 3 ans et l'obligation d'être ressortissant et de provenir d'un pays situé en dehors de l'UE) mais cette nouvelle possibilité est limitée à 6 sous secteurs d'activité : architecture, urbanisme, paysages ; ingénierie et services annexes ; informatique et services annexes ; consultation en management ; services liés à la consultation en management ; services de traduction.

Certains observateurs ont noté que rien ne garantirait que tous ces garde-fous proposés par l'UE – notamment le principe des règles du travail du pays où la prestation est effectuée - seraient conservés jusqu'au bout dans les négociations s'il s'agissait de trouver des monnaies d'échange avec les autres négociations de l'OMC, par exemple sur le dossier agricole³⁷.

Mais même avec la garantie formelle que les lois du travail du pays d'accueil s'appliquent, on peut néanmoins s'interroger sur le risque d'abaissement des normes sociales (cf. IV). On peut aussi s'interroger sur les conséquences et le peu de cas des personnes envoyées, considérées uniquement pour leur seule force de travail et privés de droits – au regard du séjour notamment - dans le pays d'accueil.

La nécessité d'élargir la perspective au delà du seul mode 4 de l'AGCS

Il nous semble cependant sur cette question qu'il est préférable de ne pas se limiter au mode 4 de l'AGCS. Car, au même titre que la libéralisation des services et l'AGCS sont deux notions à distinguer - la libéralisation des services n'est pas nouvelle, elle est antérieure à l'AGCS et elle passe ou peut passer par d'autres canaux – l'envoi de travailleur temporaire dans le cadre d'une prestation transfrontalière de service et le mode 4 de l'AGCS quelle que soit sa version (très libérale à la façon du secrétariat de l'OMC ou avec des garde-fous sociaux comme dans les offres de l'UE) sont également deux notions à distinguer. Le mode 4 n'est en effet qu'une des modalités possibles d'envoi de travailleur détaché. Surtout l'envoi de migrants dans le cadre d'une prestation de service n'est pas qu'une possibilité future.

Diaboliser le mode 4 de l'AGCS, sans examiner ce qui existe déjà et en tirer des enseignements ne permet pas de voir que, AGCS ou non, l'envoi de travailleurs détachés pourrait devenir un mode privilégié de recours à la force de travail étrangère. Des dispositions prévoient en effet déjà l'envoi de migrants détachés dans l'UE dans le cadre des législations communautaire et nationales et on peut tenter d'en analyser les implications.

³⁷ « A la veille du sommet de l'OMC, l'enjeu de l'immigration temporaire », *Les Echos*, 9 septembre 2003.

Section III. La législation sociale applicable aux travailleurs migrants détachés dans le cadre d'une prestation transfrontalière de service

Les règles relatives au droit du travail et celles relatives à la protection sociale qui s'appliquent aux salariés envoyés en France dans le cadre d'une prestation transfrontalière de service sont très différentes³⁸. Les notions de « détachement » sont distinctes en droit du travail et en droit de la protection sociale : un salarié peut être considéré comme détaché du point de vue de la protection sociale mais pas du point de vue du droit du travail, et inversement. En droit de la sécurité sociale, un salarié « détaché » est celui qui est envoyé en mission à l'étranger et dont la protection sociale est maintenue dans le pays d'origine pour une durée précise et limitée en vertu d'une convention entre les deux pays. Le détachement est donc défini par la dispense d'obligation d'affiliation et de cotisation dans le pays où s'exerce l'activité. En droit du travail, le détachement est défini par son caractère accessoire à une prestation de service, son caractère temporaire, mais sans qu'il existe pourtant une durée maximale. Il est caractérisé par « l'esprit du retour » tant pour le salarié que pour l'employeur et le lien contractuel entre le salarié détaché et l'employeur est maintenu durant la mission à l'étranger.

En préalable précisons aussi que si le droit français en matière de travail comme de protection sociale doit se conformer à la législation communautaire, il ne s'y confond ou ne s'y limite pas.

III.1 La législation en matière de droit du travail ³⁹

La **directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services à l'intérieur de l'EEE** a été adoptée afin, tout en garantissant la primauté de la libre circulation ou prestation de services au sein de l'EEE (articles 49 et 50 du traité CE), d'accepter des dérogations à cette règle supérieure en ce qui concerne le droit du travail.

Jusque là, la Cour de justice, lors de litiges à ce propos, avait estimé que le droit communautaire ne s'opposait pas à ce que les Etats membres traitent pareillement la main d'œuvre envoyée de façon provisoire et la main d'œuvre installée de façon permanente, mais, et c'est toute la subtilité, qu'il ne les y obligeait pas non plus⁴⁰. Un Etat pouvait en principe, mais seulement dans le respect des règles du Traité et notamment de la libre prestation de services, appliquer sa législation aux salariés venus dans le cadre d'une prestation transfrontalière de service.

La directive vient donc clarifier la situation et elle est, comme le dit la Commission, « *le résultat de la recherche d'un équilibre entre les libertés économiques consacrées par le traité CE et le droit des travailleurs salariés pendant la période de détachement* »⁴¹. A cette fin, elle prévoit un noyau de règles impératives de protection minimale en matière de travail. L'employeur est tenu d'appliquer aux travailleurs détachés les principales règles du pays d'activité dont les périodes maximales de travail et minimales de repos, les congés annuels, le salaire

³⁸ Dans la suite, nous limitons volontairement l'examen aux seuls salariés (à l'exclusion donc des indépendants) pour les conséquences sur la relation de subordination à l'employeur. Nous n'abordons pas ici la question des faux indépendants qui peut poser problème surtout depuis l'élargissement de l'Union européenne aux pays d'Europe centrale et orientale.

³⁹ Ces développements se basent sur un examen des textes juridiques cités, sur des entretiens et des échanges avec des spécialistes du droit social et du droit des étrangers - merci à elles - ainsi que sur la consultation de divers documents : étude « Sous-traitance et prestations de services », *Dictionnaire Permanent Droit des Etrangers*, feuillets 21, 1^{er} septembre 2003, Editions législatives ; documents de la Délégation interministérielle à la lutte contre le travail illégal (DILTI) du Ministère des affaires sociales, du travail et de la solidarité : DILTI (2002a), *L'intervention en France des entreprises étrangères prestataires de services*, Rapport d'enquête, *op. cit.* ; DILTI (2002b), *Les entreprises étrangères sur le territoire national – mémento de contrôle*, 1^{ère} édition, mai 2002.

⁴⁰ 18^o considérant de l'arrêt *Rush Portuguesa* (CJCE, 27 mars 1990) 23^o de l'arrêt *Van der Elst* (CJCE, Van der Elst, 9 août 1994).

⁴¹ Communication de la Commission européenne du 25 juillet 2003 sur la mise en œuvre de la directive 96/71/CE dans les Etats membres (COM(2003) 458 final).

minimal et les règles de sécurité et d'hygiène au travail. Pour des détachements de courte durée, les entreprises peuvent toutefois se soustraire à certaines de ces obligations (voir annexe).

La directive vise les cas de détachement de manière large. Contrairement à l'envoi de travailleur migrant prévu dans les offres de l'UE pour l'AGCS et même si la directive précise que le travailleur vient exécuter son travail pendant une période limitée dans le temps, aucune période maximale de détachement n'est prévue (ni aucune limite relative à la durée de la prestation de service elle-même, ce qui serait absolument contraire à la libre prestation de service au sein de l'EEE). Le faux détachement est en outre interdit : une relation de travail doit exister au préalable entre l'entreprise d'envoi et le travailleur détaché.

L'envoi de travailleurs détachés vaut pour toute entreprise implantée dans l'EEE et s'applique donc aussi aux salariés non ressortissants de l'EEE résidant dans l'EEE. Alors même que la libre circulation au sein de l'UE des ressortissants d'Etat tiers résidant déjà dans l'EEE n'est pas vraiment pour demain (cf. VI plus loin), une entreprise implantée dans l'EEE a déjà, selon la jurisprudence de la CJCE, la liberté d'envoyer un de ses salariés ressortissant d'Etat tiers qui n'aura pas besoin d'obtenir une autorisation de travail, à condition d'être déjà régulièrement et habituellement employés dans l'entreprise⁴². Cette jurisprudence a d'ailleurs conduit la Commission européenne à proposer une directive pour faciliter en pratique de tels détachements qui pourraient se faire moyennant une simple déclaration préalable adressée aux autorités de l'Etat membre où a lieu la prestation⁴³.

Il convient de garder à l'esprit que même un ressortissant communautaire envoyé dans le cadre d'une prestation de service n'acquiert pas de droit dans le pays d'accueil au titre de la libre circulation comme le rappelle la Commission : « *A la différence des travailleurs migrants, les travailleurs détachés dans le cadre de la prestation de services retournent dans leur pays d'origine après l'accomplissement de leur mission, sans accéder à aucun moment au marché de l'emploi de l'Etat membre d'accueil* ».

Ces règles ont été transposées dans le **droit du travail français**⁴⁴. Le code du travail étend toutefois les dispositions exigées par le droit communautaire aux prestations de services à toute prestation transfrontalière de service, donc y compris en provenance d'une entreprise implantée hors de l'EEE (ce n'est pas le cas en matière de protection sociale, cf. plus loin). Il y a donc formellement un élargissement des exigences au sein de l'EEE aux entreprises du monde entier, ce qui est compatible avec les principes de « non discrimination » entre entreprises et surtout de « traitement de la nation la plus favorisée » qui sont au fondement même de l'AGCS et de tous les accords multilatéraux de libre-échange. Notons cependant que des limites à la prestation de services existent pour les entreprises de pays tiers à l'EEE. Il s'agit d'abord de la réglementation relative au séjour des étrangers : l'entreprise devra obtenir une autorisation provisoire de travail, sauf si ses salariés habituels sont ressortissants de l'EEE. Il s'agit ensuite des obstacles pour les professions réglementées (inscription préalable sur un registre ou auprès d'un ordre professionnel, condition de nationalité de la personne ou de nationalité du diplôme, etc.).

Avant même l'adoption de la directive 96/71/CE, la France avait déjà sa propre législation en matière de détachement⁴⁵. Les décrets ont toutefois été adaptés par la suite⁴⁶. Les dispositions figurent aux articles D. 341-5 et suivants du code du travail. Retenons que la plupart des dispositions légales et conventionnelles de droit interne s'appliquent dans le cas général, à l'exception de certaines parmi lesquelles les règles

⁴² CJCE, Van der Elst, 9 août 1994. En France, une circulaire DPM/DM n°4-96 du 22 février 1996 considère que cette condition est remplie dès lors que ce salarié est employé depuis au moins un an par l'entreprise.

⁴³ Proposition de directive du 12 février 1999 relative aux conditions de détachement des travailleurs salariés ressortissants d'un Etat tiers dans le cadre d'une prestation de service transfrontalière.

⁴⁴ Les dispositions figurent aux articles D. 341-5 et suivants du code du travail.

⁴⁵ Loi du 20 décembre 1993 (article L. 341-5 du code du travail) et décret d'application du 11 juillet 1994. Ne sont pas abordés ici les détachements pour les activités agricoles dont les dispositions sont prévues par un décret du 21 février 1995 (modifié le 22 novembre 2000).

⁴⁶ Décret du 4 septembre 2000 modifiant le décret du 11 juillet 1994 (dispositions du code du travail relatives aux détachements dans le cadre des prestations de services internationales, articles D. 341-5 et suivants).

relatives à la conclusion, la validité, l'exécution et la rupture du contrat de travail dont le montant du salaire dès lors qu'il est au moins égal au salaire minimum. En outre, dans des situations particulières, les obligations sont allégées (voir annexe 1).

III.2. La législation en matière de protection sociale

La règle générale est celle du paiement des cotisations sociales et de rattachement au régime de sécurité sociale dans le pays où s'exerce l'activité : le chef d'entreprise ou son représentant doit s'immatriculer comme employeur et l'entreprise est tenue d'affilier le salarié envoyé et de verser des cotisations sociales aux organismes de protection sociale en France, et en conséquence ce salarié bénéficie du régime de sécurité sociale du pays où il travaille. De larges possibilités d'exemption de ces obligations existent avec l'idée de ne pas imposer une double affiliation. Ces exemptions existent seulement si l'entreprise est implantée dans l'EEE ou en Suisse, ou encore dans une trentaine d'autres pays couverts par une convention bilatérale.

Pour un détachement en provenance d'une entreprise implantée dans un pays de l'EEE (ou de la Suisse), il est possible de maintenir le rattachement au régime de sécurité sociale du pays d'origine. Mais même en cas de rattachement dans le pays de départ, l'employeur peut avoir à payer des cotisations pour les risques non couverts par la législation du pays d'origine. Le contrôle de cette obligation doit, ou plutôt devrait, impliquer en conséquence que les autorités aient la capacité et entreprennent effectivement des comparaisons avec les risques couverts dans la législation du pays étranger. C'est le **règlement 1408/71** qui précise les conditions qui doivent être réunies pour permettre une telle dispense de paiement des cotisations sociales dans le pays d'accueil : il doit s'agir d'un travail déterminé, la durée prévisible du travail ne doit pas excéder 12 mois, éventuellement renouvelable une fois au maximum pour 12 mois « *en raison de circonstances imprévisibles au-delà de la durée primitivement prévue* », la personne concernée « *ne [doit pas être] envoyée en remplacement d'une autre personne parvenue au terme de la période de son détachement* » et il doit y avoir maintien du lien organique entre le salarié détaché et son entreprise d'origine (contrat de travail).

Pour l'application de ces règles, un certificat de détachement établi par l'organisme de protection sociale du pays d'origine est fourni à l'employeur et au salarié⁴⁷, mais il n'est pas transmis aux administrations du pays d'exercice de l'activité qui n'ont donc pas forcément connaissance qu'un salarié détaché travaille sur place. Comme ce certificat peut être délivré après le début de la prestation, il peut être demandé par l'employeur auprès des autorités de son pays d'origine, par exemple suite à un contrôle.

Pour un détachement en provenance d'un pays lié à la France par une convention bilatérale de sécurité sociale, des possibilités d'exonération des obligations de versement des cotisations sociales du pays d'accueil existent également, à l'exception des cotisations et prestations « chômage ». Une trentaine de pays hors EEE sont concernés parmi lesquels de nombreuses ex-colonies d'Afrique sub-saharienne, les pays du Maghreb, la Turquie, les Philippines et les Etats-Unis.

Les conditions du détachement notamment la durée maximale, les possibilités de prolongation et les formalités pratiques à remplir (formulaires de détachement) sont prévues par des modalités propres à chaque convention bilatérale. A la différence des règles en matière de droit du travail, la durée du détachement est expressément fixée par les textes (règlement 1408/71 ou conventions bilatérales). Elle peut être longue : 5 ans dans la convention avec les Etats-Unis ; 3 ans, renouvelable une fois jusqu'à trois années supplémentaires avec autorisation préalable dans les conventions avec le Maroc⁴⁸ et la Tunisie⁴⁹ ; 2

⁴⁷ Formulaire E101 (formulaire E102 en cas de prolongation du détachement).

⁴⁸ Convention générale de sécurité sociale du 9 juillet 1965 entre la France et le Maroc, entrée en vigueur le 1er janvier 1967 (décret n° 67.379 du 18 avril – JORF du 6 mai 1967) (publiée au B.O. 18/67 – ASC 19/186) et modifiée par l'avenant du 13 décembre 1973 (décret n° 77-1091 – JO du 29 septembre 1977), par l'avenant n° 2 du 22 janvier 1976 (décret n° 81-531 du 8 mai 1981 – JO du 15 mai 1981) et par l'avenant du 21 mai 1979 (décret n° 81-530 du 8 mai 1981 – JO du 15 mai 1981).

ou 3 ans mais avec des possibilités de prolongations pour des durées indéterminées dans d'autres pays (Côte d'Ivoire, Cap vert, Sénégal, Togo, etc.).

Les possibilités de détachement en matière de sécurité sociale, et donc la possibilité de ne pas verser les cotisations, ni d'avoir à affilier le salarié dans les pays où s'exercent l'activité, concernent en définitive une soixantaine de pays : les pays de l'EEE et la Suisse (soit 29 pays en tout) et une trentaine d'autres pays.

⁴⁹ Convention générale du 17 décembre 1965 sur la sécurité sociale entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement de la République tunisienne (modifiée par l'avenant du 30 mai 1969, par l'avenant n° 2 du 12 septembre 1975, par l'avenant n° 3 du 1er février 1978 et par l'avenant n° 4 du 29 décembre 1980).

Section IV. Les risques de contournement des normes sociales via le recours à des migrants détachés

Des normes minimales applicables en matière de droit du travail ou de protection sociale sont prévues par les législations communautaires et nationales ; il en existe également qui figurent, encore de manière imprécise, dans les propositions faites par l'UE dans le cadre de l'AGCS. Ces dispositions viennent de fait encadrer et donc limiter la libre prestation de service – liberté fondamentale des entreprises aussi bien au sein l'EEE que dans le cadre de l'OMC. Elles imposent à l'entreprise exportatrice de services des contraintes supplémentaires, qui correspondent le plus souvent à des droits ou à des garanties pour les travailleurs détachés. Cette restriction à la libre prestation de service a pour objectif d'éviter le développement d'activités exercées par des travailleurs ayant des droits sociaux bien inférieurs à ceux du pays d'accueil.

Ces conditions ne suffisent pourtant pas à éviter tout risque de dumping social. Les possibilités de contournement des normes sociales du pays d'accueil dans le cas de détachements ont (au moins) trois causes cumulatives. Tout d'abord, ces normes minimales ne sont pas appliquées ou applicables en pratique, et peuvent être aisément et massivement contournées (IV 1). De plus, même si elles sont ou étaient appliquées, elles placent formellement le travailleur détaché dans une situation inégale par rapport aux autres salariés au seul regard des règles en matière de droit du travail ou de protection sociale (IV. 2). Enfin, en conditionnant la présence du salarié sur le territoire au contrat de travail et en lui déniaient tout droit au séjour indépendant du contrat de travail, le détachement dans le cadre d'une prestation transfrontalière de service place le migrant dans une situation de subordination accrue vis-à-vis de l'employeur : à la différence des autres salariés, il ne peut échapper à ce régime de grande précarité en changeant d'employeur car il perd alors tout droit à une présence sur le territoire (IV. 3).

IV.1 Les limites liées au contrôle et à l'effectivité des normes sociales obligatoires

Le respect des règles du droit du travail ne va pas toujours déjà de soi pour les salariés résidant de façon permanente dans un pays. Le nombre limité de personnel pour contrôler l'application du droit du travail – environ 420 inspecteurs et 800 contrôleurs du travail en 2004 pour plus de 15,5 millions de salariés et 1,2 million d'entreprises du secteur privé - et l'absence ou la faiblesse de la présence syndicale dans de nombreuses entreprises, surtout les petites, sont autant de raisons qui se cumulent. Le contrôle effectif des règles est rendu plus improbable qu'il s'agit de travailleurs détachés qui arrivent pour une durée limitée dans un pays dont ils ne connaissent pas toujours la langue et la législation et que le lieu d'exercice réel de l'activité est mobile ou incertain⁵⁰. La nature temporaire des emplois limite les possibilités de contrôle de l'administration. Ces difficultés du contrôle sont identiques à celles rencontrées dans le cas des travailleurs saisonniers, étrangers ou non. Dans la vallée de la Tarentaise par exemple, il n'y aurait que trois inspecteurs du travail pour 50 000 actifs parmi lesquels de nombreux saisonniers des stations de ski⁵¹. A la difficulté de contrôler les conditions de travail s'ajoute celle, dans le cas d'un détachement, de vérifier le paiement des cotisations dans le pays d'origine par des entreprises implantées dans la soixantaine de pays concernés par une exonération (pays de l'EEE ou ayant une convention bilatérale avec la France).

La directive autorise le détachement temporaire à condition que les salariés détachés soient déjà sous contrat avant d'être détachés dans un autre pays, mais cette condition est difficilement contrôlable si bien que de plus en plus d'entreprises envoient des salariés faussement détachés. Il en irait ainsi de nombreux voyageurs britanniques implantés dans les stations de ski des Alpes qui enverraient quelque 10000 « chalet boys » chaque hiver⁵².

⁵⁰ En témoigne une enquête du ministère qui montre l'immense difficulté concrète pour parvenir à ces contrôles. DILTI (2002), *L'intervention en France des entreprises étrangères prestataires de services*, Rapport d'enquête, juin 2002.

⁵¹ Valérie Devillechabrolle (2003), op. cit.. Voir aussi Dorival Camille, « Des saisonniers corvéables à merci », *Alternatives économiques* n°222, février 2004.

⁵² « Le dumping social atteint les stations de ski », *Alternatives économiques* n°222, février 2004.

En principe, les entreprises étrangères ne peuvent, sous couvert de prestation de services, intervenir dans des conditions telles qu'elles devraient y créer un établissement ou une filiale, et se soumettre aux obligations déclaratives afférentes (immatriculation au registre du commerce ou des métiers, services fiscaux, organismes de protection sociale). Ces omissions sont constitutives de l'infraction de travail dissimulé prévue aux articles L.324-9 et L.324-10 du code du travail (et sanctionnées par l'article L. 362-3). Mais pour faire respecter cette disposition de la législation, l'inspecteur du travail doit parvenir à rassembler de nombreuses informations sur la structure, l'activité et le personnel de l'entreprise, en France mais également dans le pays d'origine, surtout si dans le pays d'origine, l'entreprise n'a qu'une boîte au lettre. De l'aveu même du ministère, ce type de contrôle en vue de déterminer si la prestation réalisée est licite ou si elle doit être sanctionnée comme étant du prêt de main d'œuvre, est extrêmement difficile lorsque l'entreprise est implantée à l'étranger. D'autant que selon la DILTI moins de la moitié des employés détachés en France feraient l'objet d'une déclaration⁵³.

Dans le cas des détachements d'au plus un mois, le code du travail réduit encore les règles minimales impératives que l'employeur doit respecter et l'exonère notamment des obligations en matière de bulletin de paie, ce qui facilite encore davantage le contournement des règles.

Dans une évaluation récente de la directive communautaire de 1996 sur l'envoi de travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de service au sein de l'espace européen, la Commission européenne souligne les difficultés à l'application des règles impératives en matière de droit du travail⁵⁴. Ces difficultés peuvent être d'ordre linguistique. La Commission note « *l'impuissance des services de contrôle confrontés à des documents rédigés dans la langue d'origine des travailleurs* ». Les difficultés peuvent venir des limites posées aux travailleurs pour qu'ils puissent exercer leurs droits. La Commission note ainsi que dans certains pays de l'EEE, il n'existe pas de dispositions permettant aux travailleurs détachés d'exercer une action devant les juridictions du pays de détachement. On peut imaginer la difficulté à faire valoir les droits du travail du pays d'exercice devant les juges d'un autre pays. Les difficultés viennent aussi de la nécessité de comparer des législations en matière de protection sociale pour déterminer les risques pour lesquels le salarié détaché est déjà couvert dans le pays d'origine et ceux pour lesquels l'entreprise devra cotiser dans le pays de travail. « *Les services compétents ne peuvent se contenter de contrôler le respect des dispositions de droit du travail interne, ils doivent, en outre, vérifier au préalable si l'employeur ne respecte pas une législation équivalente en vigueur dans le pays d'établissement de l'entreprise* ». Cette nécessité de comparer des législations souvent complexes, parfois non traduites, est un obstacle au contrôle et facilite le non respect des règles.

En tant que principe fondamental du Traité, la libre prestation des services ne peut être limitée que par des réglementations justifiées par des « raisons impérieuses » d'intérêt général ; mais l'étendue de la notion de « raisons impérieuses » a été fortement limitée par la jurisprudence de la CJCE, ce qui ne facilite pas le travail de contrôle. La Cour a ainsi jugé qu'une obligation faite à une entreprise établie dans un autre Etat membre et exécutant temporairement des travaux dans le premier Etat, à conserver certains documents sociaux et de travail auprès d'un mandataire dans le pays d'exécution du travail constituait une restriction à la libre prestation de services qui ne peut être justifiée que si elle est absolument nécessaire pour protéger effectivement les travailleurs et pour aucune autre raison⁵⁵. La traduction des documents n'est à cet égard pas considérée comme une mesure nécessaire, et constitue au contraire une entrave à la libre prestation. En fait, dans son évaluation de la directive faite en 2003, la Commission reste très générale et ne cite aucune mesure concrète pour améliorer le contrôle de la régularité des situations de détachement et sanctionner les infractions, alors que des mesures devaient pourtant être prévues dans la directive (articles

⁵³ DILTI (2002), op. cit.

⁵⁴ Commission européenne, communication du 25 juillet 2003 sur la mise en œuvre de la directive 96/71/CE dans les Etats membres, COM(2003) 458 final.

⁵⁵ La CJCE a précisé que l'Etat membre peut exiger du prestataire de service de « *tenir à disposition, pendant la période d'activité sur le territoire (...) des documents sociaux et de travail sur le chantier ou en un autre lieu accessible et clairement identifié du territoire de cet Etat, dès lors que cette mesure est nécessaire pour lui permettre d'assurer un contrôle effectif du respect de la réglementation justifiée par la sauvegarde de la protection sociale des travailleurs* » (arrêt Arblade, CJCE, 23 novembre 1999, C-369/96).

5 et 6). Elle reconnaît en conclusion que « *les obstacles rencontrés (...) dans le contrôle du respect des dispositions nationales de transposition ainsi que dans l'exécution des sanctions sont de nature à limiter l'effectivité de la directive* » mais ne propose aucune nouvelle action opérationnelle ; selon elle, ces difficultés devraient « *pouvoir se dissiper... grâce à une meilleure information et une meilleure coopération administrative entre les autorités publiques* ».

Ce vœux pieux laisse d'autant plus dubitatif à la lecture d'une proposition de directive que la Commission a présenté en janvier 2004⁵⁶. Bien que visant à appliquer les règles du pays d'origine aux prestations de service, cette proposition de directive ne prévoit pas de l'appliquer aux règles en matière sociale puisque son article 17 exclut expressément les dispositions prévues par la directive 96/71/CE (droit du travail) et par le règlement 1408/71 (sécurité sociale)⁵⁷. Cependant, la proposition préconise un allègement des contraintes des entreprises en matière de détachement. Elle propose « *d'éliminer la paperasserie* », de « *limiter le nombre de documents* » et d'offrir « *un système plus cohérent et plus convivial* » avec des « *formalités administratives simplifiées* » pour les entreprises. Elle doit « *pouvoir, facilement et sans paperasserie superflue, détacher leurs travailleurs* ». Il s'agit de supprimer les « *règles tatillonnes* » et « *les formalités administratives à remplir avant que les entreprises puissent détacher des travailleurs* »⁵⁸. Le risque est au final de rendre encore plus incontrôlable le respect des règles sociales pour les salariés détachés dans l'actuel espace économique européen à 28⁵⁹. La question de l'application effective des règles sociales ne figure manifestement pas dans les préoccupations des rédacteurs de ce projet de directive⁶⁰.

Si le contrôle de l'effectivité des règles est très difficile lorsque les entreprises sont implantées dans l'EEE – étendue au 1^{er} mai 2004 à dix nouveaux pays – il est encore plus difficile lorsqu'il s'agit d'entreprises implantées hors de l'EEE que ce soit dans le cadre du mode 4 de l'OMC, ou dans le cadre du code du travail actuel. En matière de protection sociale, comment être certain que les cotisations sociales sont effectivement bien payées à la sécurité sociale des Philippines ? La nature temporaire des envois (voire des contrats de service eux-mêmes) complique encore davantage la situation, surtout si l'entreprise exportatrice de service n'a pas de bureaux ou filiales dans le pays d'accueil. On peut alors se demander comment il serait possible de faire face à une myriade d'entreprises installées très loin, sans implantation sur place, et alimentant le marché du travail temporaire par des travailleurs renouvelés sans cesse, à fortiori à travers un système de sous-traitance en cascade.

Même si le contrôle des règles devenait efficace, resterait la question des suites du contrôle et des éventuelles sanctions prononcées dans le cadre de détachement, un point sur lequel nous ne disposons pas encore d'informations précises.

En définitive, le secrétaire général de la DILTI résume bien la situation dans laquelle les inspecteurs et contrôleurs se trouvent : « *nous nous trouvons avec une multitude de fraudes difficiles à détecter, à qualifier et à*

⁵⁶ Commission européenne (2004), *Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux services dans le marché intérieur*, 13 janvier 2004, COM(2004) 2 final. Voir aussi *Commission staff working paper : extended impact assessment of proposal for a directive on services in the internal market*, SEC(2004) 21, 13 janvier 2004.

⁵⁷ Article 17 de la proposition de directive précitée.

⁵⁸ Toutes les citations sont extraites des explications de texte données par la Commission européenne : « Services : la Commission propose une directive visant à réduire la paperasserie qui étouffe la compétitivité », communiqué de presse, IP/04/37, 13 janvier 2004, 5 pages ; « Proposition de directive sur les services de la Commission européenne : questions fréquemment posées », MEMO/04/3, 13 janvier 2004, 19 pages.

⁵⁹ La CES « *doute que les autorités des pays d'origine puissent effectuer correctement les contrôles nécessaires à travers les frontières* » et « *exige ... que la Commission accorde la priorité à l'amélioration des normes et à une meilleure protection pour les travailleurs détachés* ».

⁶⁰ La directive n'est pas encore adoptée. Les organisations syndicales belges ont été les premières à s'opposer, suivies peu à peu suivies par des organisations d'autres pays. Voir également la prise de position de la CES « *vivement préoccupée par l'application du principe du pays d'origine* ».

poursuivre»⁶¹. Le rapport récent effectué par la DILTI sur cette question constitue à cet égard une démonstration inquiétante⁶².

IV.2. Même appliquées, les obligations sociales n'assureraient pas une réelle égalité de traitement et seraient insuffisantes pour éviter un risque d'abaissement des normes sociales.

Contrairement à ce qu'a affirmé le ministère du travail à l'occasion de l'élargissement de l'UE, toutes les normes du droit du travail ne sont pas applicables aux travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation transfrontalière de service. Comme le rappelle la Commission européenne, en se fondant notamment sur la jurisprudence de la CJCE, « *les Etats membres dont la législation de transposition impose aux entreprises étrangères, pendant la période de détachement, le respect du droit du travail du pays d'accueil dans sa totalité dépassent clairement le cadre établi par le droit communautaire* ». Seules les règles impératives (minimales) prévues par la directive, et reprises dans le code du travail, le sont. Il est donc faux d'affirmer que « *la réglementation française impose que l'entreprise prestataire applique au travailleur détaché l'ensemble des règles de droit social en vigueur en France pour l'emploi en cause (...) afin que celui bénéficie d'une complète égalité de traitement avec les travailleurs nationaux* »⁶³. De surcroît, le ministère français oublie de mentionner que les entreprises concernées (installées dans un autre pays de l'EEE, y compris un des nouveaux Etats à compter du 1^{er} mai 2004) bénéficient également de l'exonération du paiement de cotisations sociales dans le pays de travail, ce qui signifie que les travailleurs concernés ne sont pas affiliés et ne pourront bénéficier des droits correspondants dans ce pays.

Le salarié envoyé en France dans le cadre d'une prestation transfrontalière de service ne bénéficie pas de toutes les règles du droit du travail comme celles relatives au contrat de travail (établissement, mentions obligatoires, etc.), aux licenciements, à la représentation et surtout au taux de salaire en dehors du SMIC. Le SMIC est une norme minimale générale qui ne peut constituer une garantie suffisante pour les activités où les salaires sont plus élevés. Si par exemple pour un emploi, le « tarif » sur le marché du travail du pays d'accueil est supérieur au SMIC, le travailleur détaché payé au SMIC (qui peut être supérieure à l'usage pratiqué dans son pays) ne pourra revendiquer un salaire plus élevé correspondant à son travail, n'ayant aucun droit à pouvoir changer d'employeur dans le pays. S'il est ressortissant d'un des Etats de l'EEE (et de la Suisse), il peut seulement faire pression en usant de son droit à la libre circulation (le Portugais détaché dans le cadre d'une prestation de service fournie en Allemagne peut aller travailler chez un autre employeur en Allemagne) même si, en pratique, il pourra se heurter à d'autres contraintes (méconnaissance de la langue du pays d'accueil, des règles applicables, de ses droits, etc.). Dans ce cas, le risque de dumping social créé par l'envoi de travailleur détaché apparaît limité. Mais si le travailleur détaché est ressortissant d'un des huit nouveaux Etats membres de l'UE pour lesquels la libre circulation est reportée⁶⁴ (un Polonais détaché en France après le 1^{er} mai 2004) ou d'un Etat tiers à l'UE (un Marocain détaché en France par une entreprise installée dans l'EEE ou en dehors), il ne pourra changer d'employeur et rester dans le pays où il a exercé une activité ; n'ayant acquis aucun droit au séjour, il devra retourner dans son pays de résidence et cette perspective le fragilisera d'autant plus dans la relation avec son employeur (cf. plus loin IV-3).

Ce risque d'abaissement des normes sociales n'est pas qu'une fiction. Suite à la concrétisation du marché unique des services au sein de l'EEE au début des années 1990, puis à la passation d'accords bilatéraux (par exemple entre l'Allemagne et la Pologne), le secteur de la construction en Allemagne a connu des

⁶¹ Valérie Devillechabrolle (2003), op.cit.

⁶² DILTI (2002), op. cit.

⁶³ « *L'Europe s'élargit. Comment la France accueillera les ressortissants des nouveaux Etats membres ?* », Ministère du Affaires sociales, du Travail et de la Solidarité, Délégation aux Affaires Européennes et Internationales, février 2004 (www.social.gouv.fr).

⁶⁴ Math. A et Viprey M. (2004), « Quel accès aux marchés du travail pour les ressortissants des nouveaux Etats membres ? », *Chronique internationale de l'IREs* n°88, mai 2004.

conséquences très négatives⁶⁵. En l'espace de quelques mois, des sous-traitants portugais puis polonais sont entrés sur le marché allemand en fournissant une main d'œuvre très bon marché avec un système de roulement. Le syndicat allemand de la construction, IG BAU, estime qu'environ 200000 à 300000 migrants détachés travaillent dans la construction, soit près d'un quart des effectifs du secteur. L'opération est d'autant plus intéressante pour les employeurs qu'ils paient les cotisations sociales dans le pays d'origine. En outre, la CJCE a condamné l'Allemagne qui exigeait que des entreprises du secteur de la construction implantées dans d'autres Etats membres et mettant des travailleurs à disposition d'entreprises allemandes, soient soumises aux mêmes conventions collectives que les entreprises allemandes⁶⁶. Un tel abaissement des normes sociales est donc rendu possible par le droit communautaire (directive 96/71/CE et règlement 1408/71) mais aussi par des pratiques illégales difficilement contrôlables (salaires diminués de frais de logement, de transports, de matériels abîmés ; non paiements des cotisations sociales dans les pays d'origine, etc.). Une telle configuration a contribué à accroître le recours à la sous-traitance en cascade, déjà dominante dans le secteur du BTP en Allemagne, mais aussi en Autriche et en France⁶⁷. La sous-traitance en cascade permet d'immuniser davantage celui qui bénéficie du résultat de la prestation de service, en pratique de la main d'œuvre, face à toute contestation. Le recours à la main d'œuvre détachée a abouti à une forte pression à la baisse sur les salaires et les conditions de travail et une érosion des dispositions conventionnelles du secteur de la construction allemande⁶⁸.

La distorsion de concurrence induite par le recours à des travailleurs détachés peut aussi être très forte du fait des exemptions de cotisations. Un cabinet d'avocat spécialisé dans les détachements estime qu'une entreprise américaine ne paie que 18 % de charges sociales - fonds de pension inclus - pour son personnel détaché en France contre 56 % pour un salarié non détaché⁶⁹. L'intérêt d'un tel détachement est d'autant plus intéressant qu'il est autorisé jusqu'à 5 années par la convention entre les Etats-Unis et la France. En outre, si aucune convention ne prévoit d'exonérer du paiement des cotisations à l'assurance chômage, ce qui implique qu'elles devraient être versées pour tout détachement, la difficulté de contrôler une telle obligation ont semble-t-il conduit l'UNEDIC à tolérer leur non paiement en cas de détachement de courte durée.

Des entreprises installées au Royaume-Uni envoient, en toute légalité dans le cadre d'un contrat de prestation de service, sur les côtes de la Manche ou dans les stations de sport d'hiver, des jeunes salariés pour lesquels elles ne sont pas obligées d'établir un bulletin de paie. La pratique est tout à fait légale si les envois, y compris dans le cadre d'un système permanent de roulement, ne dépassent pas un mois. Elle ne l'est plus lorsque le jeune britannique reste plus d'un mois, mais le contrôle de cette obligation est assez improbable (cf. IV.1). Il en va de même en matière de protection sociale. L'employeur peut plus facilement omettre de payer des cotisations sociales dans le pays d'origine dans une telle situation que l'attestation de paiement des cotisations sociales n'est communiquée qu'à la demande des autorités du pays d'accueil qui n'ont pas forcément connaissance du détachement et/ou qui ne se donnent pas forcément les moyens d'effectuer des contrôles suffisants.

Pour les entreprises implantées hors de l'EEE, les limites au détachement dans l'UE ne viennent pas de la législation sociale mais des restrictions relatives à l'immigration (visas et titres de séjour et de travail). Les

⁶⁵ Raza, W. (2003a), "Movement of Natural Persons (Mode 4) under GATS : an assessment of the current negotiations ", *Discussion Paper*, Austrian Chamber of Labour, Vienna, May 2003. Raza W. (2003b), *Current GATS negotiations on the temporary migration of natural persons (Mode 4): possible consequences for Germany and Austria*, Report commissioned by the Hans Böckler Stiftung and Ver.di, December 2003, 26 pages.

⁶⁶ CJCE, 25 octobre 2001, aff. C-493-99, Commission c/ Allemagne. Voir « « Sous-traitance et prestations de services », op. cit.

⁶⁷ Phénomène également répandu dans le nettoyage industriel, la distribution de prospectus ou la confection en France. Sur ce point, voir Marie Claude-Valentin (1997), « A quoi sert l'emploi des étrangers ? », in *Les lois de l'inhospitalité*, sous la direction de D. Fassin, A. Morice et C. Quiminal, La Découverte.

⁶⁸ Cf. Raza W. (2003), op. cit.

⁶⁹ Cité in Valérie Devillechabrolle, op. cit.

restrictions à l'envoi d'un travailleurs dans le cadre d'un contrat de service apparaissent à cet égard plus grandes vis-à-vis des entreprises de pays tiers à l'EEE dont les ressortissants ont besoin d'un visa pour toute entrée sur le territoire que vis-à-vis des entreprises dont les salariés sont dispensés de visa pour des séjours touristiques, limités en principe à trois mois (comme par exemple les Etats-Uniens, les Japonais, les Roumains ou les Bulgares).

Les obstacles posés par les règles sur le séjour peuvent cependant à tout moment être levées en particulier sous la pression des besoins exprimés par les entreprises. Les multiples sous-traitants d'Alstom sur les chantiers de Saint-Nazaire⁷⁰ ont ainsi obtenu à partir de fin 2001 la possibilité de bénéficier d'une « main d'œuvre étrangère à faible coût ». L'entreprise Alstom, toute puissante dans la région, avait encouragé ses sous-traitants à réduire leurs coûts en utilisant ce qu'elle nommait élégamment dans un courrier des « montages exotiques », en fait un système de sous-traitance en cascade à l'échelle internationale ce qui a permis l'arrivée de Polonais, de Roumains et d'Indiens. Cette possibilité a ensuite donné lieu à d'innombrables illégalités que la presse a le plus souvent attribué à la rigueur insuffisante des lois sur l'immigration alors qu'il s'agissait d'un cas type d'abaissement de normes sociales consécutif à des détachements légaux dans le cadre d'une prestation de services⁷¹.

IV.3. Des travailleurs placés par la législation sur le séjour en position inégale et de fort assujettissement à l'employeur

Pour un travailleur détaché, le pouvoir de négociation et de revendication quant à ses conditions de travail et de salaire est très défavorable dans la mesure où son employeur peut à tout moment le renvoyer. Son séjour est en effet strictement conditionné à la réalisation de la prestation de service dans le cadre du contrat passé avec l'employeur. N'ayant aucun droit au séjour, le travailleur est de fait livré à l'employeur. S'il voulait se libérer de son employeur, il perdrait non seulement son emploi comme les autres salariés mais aussi tout droit au séjour et tout ce qui va avec ce séjour (les habitudes prises, les aspirations, la vie sociale, les liens amicaux, affectifs, amoureux, etc.). A cet égard, la situation d'un salarié ressortissant de l'EEE envoyé dans le cadre d'une prestation de service est plus favorable que celle d'un ressortissant d'un Etat tiers.

Pour les entreprises, le recours aux travailleurs détachés peut aussi se concevoir selon une procédure de sélection et mise à l'épreuve des migrants temporaires en réservant l'octroi d'un statut plus stable à ceux qui l'auront mérité. A la différence de migrants ayant un droit au séjour indépendant de leur contrat de travail, les travailleurs détachés sont peu enclins à revendiquer ou à se tourner vers des représentants syndicaux. Et pour cause : le syndicat allemand IG Bau mentionne le renvoi dans le pays d'origine des migrants détachés dans la construction qui contestent leurs conditions de travail ou rejoignent un syndicat ; il en a été de même des ouvriers Roumains ou Indiens qui se sont révoltés sur les chantiers de Saint-Nazaire⁷². L'espoir de pouvoir s'opposer à ce danger de dumping social en comptant sur l'éventuelle organisation collective des travailleurs détachés dans le pays où ils sont envoyés temporairement est donc très réduit.

A titre de contre-exemple, on peut néanmoins citer le cas des informaticiens indiens qui ont commencé à s'organiser et ont demandé leur affiliation à l'internationale de syndicats des services Union Network International (UNI) qui a mis sur pied pour eux un « passeport UNI » qui devrait leur permettre de

⁷⁰ Le recours à la sous-traitance en cascade suite au programme Cap 21 visant à réduire les coûts a conduit à la présence de plus de 600 sous-traitants sur le site Alstom des Chantiers de l'Atlantique. Voir « Les immigrés de la sous-traitance », *La nouvelle vie ouvrière*, décembre 2002.

⁷¹ Sur ce point, voir « Les immigrés de la sous-traitance », op. cit.. Voir aussi « Les galères persistantes des ouvriers étrangers de Saint-Nazaire », *L'Humanité*, 8 juillet 2003, ainsi que l'interview d'un syndicaliste dans *Plein Droit* n°61, juin 2004 (<http://www.gisti.org/doc/plein-droit/61/index.html>).

⁷² « Les galères persistantes des ouvriers étrangers de Saint-Nazaire », op. cit.

conserver un soutien syndical au gré de leurs déplacements d'un pays à l'autre⁷³. Si cet exemple encore embryonnaire semble intéressant, il est possible du fait de la spécificité de ces informaticiens qui disposent et maîtrisent les moyens électroniques pour recevoir de l'information syndicale et des conseils pratiques sur les contrats de travail. Cela semble hors de portée à d'autres catégories de travailleurs beaucoup moins dotés, qui sont envoyés dans le cadre d'une prestation de service et, pour de nombreuses raisons, souvent pas ou peu défendus par les syndicats locaux.

Nul besoin d'un grand nombre de travailleurs détachés pour infléchir à la baisse le rapport salarial et constituer une forme de pression sur l'ensemble des autres salariés. Les règles impératives minimales prévues par la législation n'empêchent pas, même appliquées, de s'opposer à la vulnérabilité et à l'exploitabilité plus grande des travailleurs envoyés dans le cadre d'une prestation transfrontalière de service.

Face au risque de dumping social, nombreux sont ceux qui pensent qu'un durcissement des règles sur l'entrée et le séjour constituerait un moyen de protéger le marché national du travail. Cette erreur de raisonnement largement répandue procède d'une méconnaissance des règles de libre prestation de services. Tout d'abord, l'envoi de travailleurs détachés est régi par l'existence de traités – règles de libre prestation de services au sein de l'EEE et autres accords de libre échange dont l'AGCS – qui sont compatibles – les faits le montrent – avec une législation très restrictive sur l'entrée et le séjour des étrangers. Les travailleurs concernés ne sont pas considérés comme des résidents et ne bénéficient pas des droits afférant à la résidence, que ces droits proviennent de normes internes ou internationales (comme les conventions de l'OIT). Durcir davantage les règles relatives à l'immigration reviendrait à se tromper de cible. Si on admet le caractère incontournable de ces envois en raison de la libre prestation de service (sauf – hypothèse peu probable - à dénoncer les Traités de l'UE et l'AGCS), l'abaissement des normes sociales dans le pays d'accueil provient avant tout d'une insuffisance de protection des travailleurs envoyés et d'une incapacité à faire respecter effectivement ces normes. De surcroît, l'incapacité dans laquelle se trouve le travailleur détaché de pouvoir changer d'employeur l'assigne à un statut précaire qui ne lui permet pas de prétendre à un traitement égal à celui des autres salariés. Lui octroyer un statut de résident lui permettrait de comparer sa situation avec ses voisins et/ou ses collègues du secteur et donc avec le temps d'aspirer aux mêmes conditions de vie et de travail que ses égaux. Le risque d'abaissement des normes est évidemment plus grand quand le migrant est maintenu, comme dans le cadre d'un détachement, dans un statut autrement plus précaire et entièrement subordonné au bon vouloir de l'employeur.

⁷³ David Natacha (2004), "Migrants : un retour aux sources pour le syndicalisme", *Education ouvrière* n°129 (publication trimestrielle du groupe des travailleurs de l'OIT).
<http://www.ilo.org/public/french/dialogue/actrav/publ/129/index.htm>

Section V. Droit au séjour et normes sociales : de l'utilité de la migration temporaire sous contrat de travail afin de « brider » le salariat

Les conséquences de l'envoi de travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de service au regard des normes sociales incitent à élargir la réflexion à l'étude du lien entre droit au séjour, droit au travail et subordination à l'employeur. De nombreuses analyses existent sur la question du rapport entre précarité juridique du séjour et degré d'exploitabilité des étrangers⁷⁴ mais peu traitent du cas des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de service. A cet égard, le concept de « salariat bridé » développé par Yann Moulier Boutang⁷⁵ s'avère particulièrement éclairant pour replacer cette forme émergente de mobilisation d'une main-d'œuvre étrangère davantage assujettie à l'employeur (voir encadré).

Le salariat bridé : un cadre pour l'analyse de la mobilisation de la main d'œuvre étrangère

Yann Moulier Boutang a développé dans sa thèse un cadre théorique sur le travail dépendant non libre ou « salariat bridé » en partant de l'analyse économique et historique des formes de mise au travail et de la possibilité de rupture du contrat de travail⁷⁶. Le salariat bridé se différencie du salariat libre que nous connaissons qui, historiquement, n'est qu'une des formes de travail dépendant. Le salariat libre est un aboutissement : les salariés se sont libérés de diverses formes de tutelle ou d'empêchement ; ils disposent d'un « droit de fuite », c'est-à-dire qu'ils peuvent rompre librement leur lien, leur contrat de travail avec l'employeur, sans autre conséquence, à la différence du salarié bridé. Ce dernier est celui qui est au contraire « bridé » dans sa relation avec l'employeur et/ou géographiquement. Plus la « bride » est serrée, moins il peut se défaire de l'employeur, plus la possibilité pour ce dernier d'exploiter le salarié est grande. Le salariat bridé connaît des formes extrêmes comme le travail forcé : l'esclavage et le servage qui interdit de façon définitive au travailleur de quitter son maître (esclave) ou la terre (serf) ou encore diverses formes de travail forcé qui interdisent temporairement au travailleur de quitter son travail (le prisonnier en France jusque dans les années 1980, la personne enrôlée de force dans l'armée ou ailleurs).

A côté de ces formes de travail forcé, Yann Moulier Boutang analyse des formes moins forcées. Cette fois, le travailleur est encore « bridé » dans la mesure où il se trouve dans l'impossibilité (ou la difficulté) juridique et/ou économique, temporaire ou durable, de quitter l'employeur ou d'accéder à une autre activité. Historiquement, ce salariat bridé, qui a parfois remplacé l'esclavage suite à son abolition, a pris diverses formes : le péonage pour les minorités ethniques anciennement esclaves (empêchés par divers moyens juridiques ou économiques de quitter leur patron), les barrières raciales ou la discrimination des catégories non blanches ; la segmentation des immigrants par un régime de migration sous contrat de travail. Les divers statuts juridiques et/ou formes de ségrégations ou discriminations qui ont été appliqués au cours de l'histoire aux travailleurs migrants ont créé des formes de salariat bridé, intermédiaires entre le salariat libre et le travail forcé. Dans cette optique, la politique migratoire – notamment tout régime de migration soumis à un contrat de travail – jouerait un rôle de « disciplinarisation » du salariat. Et à cet égard, le risque pour les normes sociales ne vient pas tant de la quantité de nouveaux migrants (l'augmentation de

⁷⁴ Sur les liens entre précarité du séjour et précarité du travail, l'analyse comme le phénomène ne sont pas neufs. Nous renvoyons notamment aux travaux de Claude-Valentin Marie et Alain Morice. Marie C-V. (1996), « En première ligne dans l'élasticité de l'emploi », *Plein Droit* n°31, avril 1996, pp.14-21. (<http://www.gisti.org/doc/plein-droit/31/elasticite.html>) ; Marie C-V. (1997), « A quoi sert l'emploi des étrangers ? », in *Les lois de l'inhospitalité. La politique de l'immigration à l'épreuve des sans-papiers*, La Découverte, pp.145-175 ; Morice A. (1997), « Quand la lutte contre l'emploi illégal cache les progrès de la précarité légale », in *Les lois de l'inhospitalité. La politique de l'immigration à l'épreuve des sans-papiers*, La Découverte, pp.177-196 ; Morice A. (1997), « Migrants : libre circulation et lutte contre la précarité », in *Sans-Papiers, chroniques d'un mouvement*, Co-édition IM'media/reflex, pp.90-102. (<http://bok.net/pajol/sanspap/immedia/morice.html>) ou en deux parties sur <http://www.gisti.org/doc/presse/1996/morice/precarite.html> ; Morice A. (1996) « A situation juridique précaire, travail précaire », *Papiers*, octobre 1996 (<http://www.samizdat.net/biblioweb/txt.php3?detail=n972116044.article>) ; Morice A. (1997), « Les travailleurs étrangers aux avant-postes de la précarité », *Le Monde Diplomatique*, janvier 1997, pp.18-19 (<http://www.monde-diplomatique.fr/1997/01/MORICE/7526.html>) ; Morice A. (1996), « Précarisation de l'économie et clandestinité. Une politique délibérée », *Plein Droit* n°31, avril 1996, pp.44-50 (<http://www.gisti.org/doc/plein-droit/31/precarisation.html>).

⁷⁵ *De l'esclavage au salariat. Economie historique du salariat bridé*, Presses Universitaires de France, Collection Actuel Marx Confrontation, 768 pages.

⁷⁶ En quelques lignes nous ne pouvons donner un résumé fidèle de la thèse de Moulier-Boutang. Nous nous contentons ici de relever quelques éléments qui nous ont inspirés pour notre propre analyse.

l'armée de réserve chez Marx ou l'abaissement du prix du travail suite à l'augmentation de l'offre chez les auteurs classiques) mais de la situation inégale en droit dans laquelle une partie de la main d'œuvre est placée et qui, même en nombre limité, permet de tirer à la baisse sur les conditions d'emploi de l'ensemble du secteur d'activité.

Selon le degré d'assujettissement de l'étranger à l'employeur, on peut ainsi distinguer trois régimes de migration selon le lien existant entre droit au séjour et emploi des travailleurs migrants.

- Le droit au séjour non conditionné à l'emploi (V.1).
- Le droit au séjour conditionné à l'occupation d'un emploi (V.2)
- Le droit au séjour conditionné à l'exercice d'un emploi pour un employeur exclusif et/ou dans le cadre d'un contrat de travail exclusif (V.3).

A ces trois régimes, il convient d'en ajouter un quatrième qui correspond à une absence de droit au travail, éventuellement accompagnée d'une absence de droit au séjour, ce qui permet une forme de délocalisation sur place avec des similitudes au recours à des migrants détachés (Cf. encadré). Tous ces différents régimes de mobilisation de la main-d'œuvre étrangère ne sont pas disjoints entre eux mais recouvrent un continuum de situations allant du statut stable aux formes les plus extrêmes de précarité.

La mise au travail des étrangers sans titre : spécificités et similitudes de cette forme illégale de délocalisation sur place par rapport au recours à des travailleurs détachés.

De par son rôle, le recours à des travailleurs détachés se rapproche de l'usage illégal par l'employeur d'un migrant sans droit au travail. Le migrant sans papier par exemple, permet à l'employeur de faire pression sur les conditions de travail et de salaire procurant ainsi les mêmes avantages qu'une délocalisation de l'activité dans un pays du sud et sans certains inconvénients (coûts de transports, envois de cadres, etc.), d'où l'expression de « délocalisation sur place ». Cette main d'œuvre est d'autant plus flexible et docile qu'elle se trouve dans une très grande vulnérabilité administrative, sous la menace d'une législation répressive. Le recours à cette main d'œuvre – sans papiers ou migrants en situation régulière mais sans autorisation de travail (demandeurs d'asile notamment) – a des effets négatifs sur les normes sociales. Mais il est plutôt confiné à des secteurs d'activité non délocalisables à fort usage de main d'œuvre non qualifiée pour des emplois ne mobilisant pas de connaissances de la langue et sans contact avec le public, plutôt lorsque les charges de travail sont très fluctuantes et les horaires flexibles, où la présence syndicale est faible ou inexistante, plutôt derrière le verre opaque de la sous-traitance, dans des petites entreprises où le non respect du droit du travail sous la forme d'embauche illégale est, sinon une coutume, en tous les cas difficiles à remettre en cause : hôtellerie-restauration (en cuisine), confection (chez les façonniers sous-traitants), BTP (entreprises sous-traitantes sur les grands chantiers ou en rénovation), agriculture maraîchère (saisonniers), services domestiques. Dans ce cadre, le plus important n'est pas tant la quantité de la main d'œuvre que sa seule présence, même en proportion limitée pour faire pression à la baisse sur l'ensemble. Le recours à ces salariés sans papiers très exploitables constitue une concurrence qui permet aux employeurs par contagion d'exiger davantage des autres salariés du secteur, les plus vulnérables comme les étrangers en situation régulière précaire et notamment toutes les catégories davantage sujettes à diverses formes de discriminations et de précarisation (salariés étrangers ou perçus comme tels, jeunes et femmes peu qualifiés, etc.). Des travaux ont ainsi montré comment les sans papiers ont servi de cobayes pour l'expérimentation de nouvelles relations de travail plus précaires⁷⁷.

Si l'emploi de sans papiers et l'utilisation de migrants envoyés dans le cadre d'une prestation de service présentent pour point commun de favoriser la remise en cause de normes sociales, il faut cependant souligner des différences importantes :

- l'abaissement des normes sociales devrait a priori être moindre dans le cas d'un détachement légal lorsque la plupart des règles du pays de travail doivent s'appliquer.

⁷⁷ Voir les travaux déjà cités de Claude-Valentin Marie, Alain Morice et Emmanuel Terray. Voir également les travaux de François Brun sur l'emploi des sans papiers. Brun F. et Laacher S. (2001), *Situation régulière*, Centre d'Etudes de l'Emploi, L'Harmattan. Voir également Le Voy M., Verbruggen N. & Wets J. (eds), *Undocumented Migrant Workers in Europe*, 2004, Picum & HIVA, Katholieke Universiteit Leuven.

- d'autant que le travailleur détaché bénéficie bien, à la différence du travailleur sans papier, d'un contrat de travail établi dans le pays de départ même si son respect n'est pas toujours garanti (cf. IV.1)
- si ces deux usages des migrants permettent une plus grande corvéabilité de la main d'œuvre, c'est de manière tout à fait légale au regard du droit du travail dans le cas d'un travailleur détaché. Et, ce qui est lié en partie à son caractère légal, le recours à un migrant détaché autorise une extension des formes d'abaissement des normes à d'autres secteurs que ceux où se concentrent les sans papiers, par exemple ceux où l'organisation syndicale est forte, le droit du travail respecté et l'emploi de sans papiers impossible (ou très difficile), et à d'autres niveaux d'emploi, y compris pour des postes très qualifiés.
- enfin, un travailleur envoyé dans le cadre d'une prestation de service a certes en principe certains droits sociaux davantage garantis qu'un sans papiers employé illégalement, mais certains droits sont inférieurs à ceux d'un sans papiers. En effet, il est supposé n'avoir jamais résidé sur le territoire et ne peut donc, à l'inverse d'un sans papier, bénéficier des droits liés à la résidence⁷⁸.

Pour résumer, si les politiques restrictives, rejetant ou gardant dans l'illégalité au regard du séjour ou seulement du travail une composante du monde du travail, rendent possibles une « délocalisation sur place » au sein de l'UE dans certains secteurs, le recours légal à des travailleurs détachés peut aboutir aux mêmes effets recherchés mais surtout étend cette logique à d'autres secteurs et aux emplois qualifiés.

V-1 Droit au séjour non lié à l'emploi

Dans l'histoire des législations sur l'immigration, l'instauration de règles régissant le droit au séjour a toujours précédé celles relatives à l'accès au marché du travail. En France, tout au long du XIX^e siècle, les seules modalités de surveillance des étrangers sur le plan national reposaient sur une logique de police fondée sur l'usage des passeports et l'existence d'une procédure d'expulsion⁷⁹ permettant aux pouvoirs publics d'éloigner tout étranger considéré comme « indésirable ». Le contrôle de l'installation des étrangers a ensuite été soumis à un principe de déclaration établi par le décret du 2 octobre 1888 qui obligeait tous les étrangers à se déclarer à la mairie de leur domicile. Les premières mesures visant à protéger le marché national du travail interviennent à peine quelques années plus tard : la loi du 8 août 1893 interdit aux employeurs d'occuper les étrangers ne s'étant pas inscrits sur les registres d'immatriculation des mairies et quelques années plus tard, le décret du 10 août 1899 fixe un pourcentage maximum de travailleurs étrangers à employer pour l'exécution des marchés de collectivités publiques. Jusqu'à l'instauration de la carte d'identité d'étranger en 1917, la logique de police visant à contrôler le séjour et la logique de main-d'œuvre visant à restreindre l'accès au marché du travail se sont donc développées de façon relativement autonome. C'est la loi du 11 août 1926 qui introduit pour la première fois un lien de causalité entre droit au séjour et occupation d'un emploi : elle instaure la carte d'identité portant la mention travailleur et interdit d'employer un étranger s'il n'est pas muni de cette carte. Le droit au séjour est désormais conditionné à la possession d'une autorisation de travail dont l'attribution peut varier selon la conjoncture économique. Les décrets-lois de 1938 parachèvent ce dispositif en conditionnant l'exercice de toute activité professionnelle à la possession de la carte qui lui correspond. La carte d'identité de travailleur, délivrée par les préfetures après avis favorable du ministère du Travail, classe ainsi les étrangers en trois catégories : la carte temporaire valable pour l'exercice d'une seule profession dans un seul département, la carte à validité normale, d'une durée de trois ans et permettant d'exercer une profession sur l'ensemble du territoire et la carte pour toutes professions. A la Libération, l'ordonnance du 2 novembre 1945 introduit cependant une brèche dans le dispositif parachevé durant l'entre-deux-guerres, en dissociant le titre de séjour du titre de travail afin de permettre à chaque ministère d'exercer un contrôle selon ses propres critères. L'assujettissement du droit au séjour à l'octroi de la carte de travail est maintenu mais la dissociation des deux titres engendre de profonds changements dans la mise en pratique de ce principe. Par la suite, selon la conjoncture et surtout selon les besoins sur le marché du travail, le lien plus ou moins

⁷⁸ Il est d'ailleurs paradoxal que c'est sur l'argument que de tels travailleurs n'avaient aucun droit au séjour, que ce n'était pas de l'immigration, que certains ont pu affirmer qu'il ne fallait pas s'inquiéter et ont écarté d'emblée toute crainte que le mode 4 de l'AGCS puisse donc poser un problème.

⁷⁹ Cette prérogative, instituée par une loi de septembre 1792, a ensuite été confirmée par la loi du 3 décembre 1849 qui est restée en vigueur pendant près d'un siècle. Cf. F. Julien-Laferrière et D. Lochak, « Les expulsions entre la politique et le droit », *Archives de politique criminelle*, n°12, 1990, p. 65-88.

souple entre droit au séjour et droit au travail. La loi de 1984 met un terme définitif à ce dispositif en fusionnant les deux titres mais conserve le principe de l'existence de catégories d'étrangers dont le droit au séjour n'est pas conditionné à l'occupation d'un emploi.

Ce rapide aperçu de la genèse de la législation sur l'immigration montre que le lien entre droit au séjour et droit au travail n'a rien d'évident et qu'il a mis du temps à se traduire par des dispositions juridiques puis par des pratiques relatives aux conditions d'attribution des titres. Encore aujourd'hui, il existe plusieurs configurations dans lesquelles le droit au séjour de l'étranger n'est pas conditionné à une autorisation de travail ou à l'occupation d'un emploi.

Droit inconditionnel au séjour

Jusqu'à une période très récente, il n'a jamais existé pour aucun étranger de droit inconditionnel au séjour dans la mesure où tout étranger souhaitant résider en France était soumis à l'obligation de demander une carte de séjour dont l'octroi était soumis à autorisation. L'évolution de la construction de l'Europe s'est néanmoins accompagné de l'institutionnalisation d'une catégorie de migrant en situation de quasi égalité avec les nationaux : les ressortissants communautaires qui ont tiré du traité un droit au séjour dans le pays d'accueil, par exemple au titre du travail ou des études et qui n'ont d'ailleurs désormais même plus besoin d'une formalisation de ce droit sous la forme d'un titre de séjour ou d'un quelconque « papier ». Les employeurs ne peuvent les traiter différemment des autres salariés⁸⁰.

Droit au séjour indépendant du droit au travail ou de l'occupation d'un emploi

L'existence d'un droit au séjour indépendant du droit au travail ou de l'occupation d'un emploi a, selon les périodes, concerné un nombre plus ou moins grand des étrangers. En règle générale, ce type de droit au séjour bénéficie à trois types de catégorie d'étrangers : ceux qui ont acquis une légitimité à rester en France en raison de l'ancienneté de leur résidence, en raison de leurs attaches familiales ou en raison de leur statut de réfugié. Dans le dispositif actuel, il s'agit de ressortissants d'Etat tiers à l'EEE qui disposent d'une carte de résident de 10 ans et dont le statut se rapproche par beaucoup d'aspects de la situation précédente. Lors de sa création en 1984, ce titre était destiné à tous les étrangers ayant vocation à rester, c'est-à-dire quasiment tous à l'exception des touristes, des étudiants et des travailleurs saisonniers. Son objectif était de favoriser l'intégration en apportant une sécurité juridique de séjour. Il était également renouvelé de « plein droit » pour rendre effective cette sécurité juridique et placer l'étranger à égalité avec les nationaux, ou quasiment⁸¹. Cette sécurité juridique n'a toutefois cessé de diminuer puisque presque toutes les modifications législatives depuis 1986 ont abouti à introduire des restrictions à l'obtention et au renouvellement de ce titre⁸². Ce qui a conduit mécaniquement à augmenter la part des étrangers séjournant

⁸⁰ Sauf à pouvoir pratiquer une segmentation du marché du travail par d'autres moyens tels que le racisme, la ségrégation raciale ou spatiale, les discriminations systémiques.

⁸¹ « quasiment » car il reste que sa situation juridique sur le marché du travail est inégale, moins favorable que celle des nationaux puisque près de sept millions d'emplois, soit près d'un tiers des emplois, lui sont fermés en raison de l'existence de conditions de nationalité inscrites dans des textes législatifs ou réglementaires. Voir Math A. et Spire A. (1999), « Des emplois réservés aux nationaux ? Dispositions légales et discriminations dans l'accès à l'emploi », *Informations sociales* (CNAF), n°78 ; Groupe d'Etude sur les Discriminations (2000), *Une forme méconnue de discrimination : les emplois fermés aux étrangers (secteur privé, entreprises publiques, fonctions publiques)*, Note du GED n°1, mars 2000.

⁸² A titre d'illustration, la récente loi n°2003-1119 du 26 novembre 2003 supprime le droit à une carte de résident au membre de famille rejoignant dans le cadre du regroupement familial, au parent d'enfant français et à l'étranger séjournant depuis cinq ans de manière régulière et ininterrompue sous couvert d'un titre d'un an ; elle restreint et retarde le droit à ce titre pour le conjoint de Français ; elle retarde de trois à cinq années de résidence préalable le délai pour pouvoir demander la carte de résident (ensuite accordée sous réserve notamment des moyens d'existence, de l'emploi, etc.) ; elle conditionne désormais, et dans tous les cas, l'attribution et le renouvellement de la carte de résident à la nouvelle condition d'« intégration républicaine ». Notons que la logique qui avait présidé à la création de ce titre est totalement inversée d'une logique d'intégration à une logique de précarisation : alors que ce titre avait été conçu en 1984 comme un moyen de stabiliser et donc justement de permettre ou favoriser l'intégration, il est désormais conditionné à une intégration préalable.

sur le territoire sous couvert de titres de séjour plus courts et plus précaires⁸³. Cette évolution a été d'ailleurs accompagnée et s'est traduite par la multiplication de nouvelles catégories de cartes de séjour temporaires an⁸⁴.

Certains de ses titres courts, par exemple des cartes de séjour temporaire « vie privée et familiale » (article 12 bis de l'ordonnance de 1945), ne sont pas non plus liés à la situation au regard de l'emploi mais à la situation personnelle et familiale de la personne. Ces cartes de séjour d'un an non conditionnées à l'emploi n'en restent pas moins plus précaires que la carte de résident de dix ans et elles procurent une sécurité juridique et des droits sociaux moindres⁸⁵.

V.2 Droit au séjour dont le maintien est conditionné à l'occupation d'un emploi autorisé

Le régime d'un droit au séjour conditionné à l'occupation d'un emploi exercé dans le cadre d'une autorisation de travail est celui qui s'applique à la plupart des étrangers arrivés récemment sur le territoire. A la différence de la carte de dix ans, ce titre d'un an est associé à l'occupation d'un emploi et ne peut être renouvelé que si l'étranger obtient une nouvelle autorisation de travail. En cas de crise ou de récession économique, ce régime de mobilisation de la main-d'œuvre étrangère permet de faire jouer aux étrangers le rôle d'amortisseur en les privant de leur droit au séjour s'ils se retrouvent au chômage. En revanche, à la différence des migrants détachés, ce droit au séjour (et au travail) n'est pas conditionné à une relation particulière d'emploi, à un contrat de travail exclusif avec un employeur spécifié. En France, il a beaucoup été utilisé durant l'entre-deux-guerres, pour organiser le refoulement des Polonais qui ne trouvaient plus à s'employer⁸⁶.

Ce type de mécanisme est largement répandu en Italie où l'étranger qui dispose d'un *permesso di soggiorno* doit prouver qu'il est en mesure de subvenir à ses besoins à l'occasion de tout renouvellement de ce permis, soit en démontrant qu'il a un emploi ou bien, s'il est chômeur depuis moins de six mois, qu'il perçoit un revenu suffisant et a des chances réelles de retrouver un emploi. Au-delà de six mois de chômage (douze mois avant la réforme Bossi-Fini de 2002), l'étranger est exclu de toute possibilité de se voir renouveler le permis de séjour et, en pratique, se retrouve en situation irrégulière⁸⁷.

Aujourd'hui, ce cas de figure est devenu quantitativement marginal en France. Il concerne les étrangers titulaires d'une carte de séjour d'un an mention « salarié » (ou mention d'une activité non salariée) ; néanmoins, leur nombre est en légère augmentation avec près de 10000 nouvelles premières délivrances chaque année. A l'échéance de son titre de séjour, l'étranger a droit au renouvellement de son titre à la

⁸³ Même si le ministère de l'intérieur ne souhaite toujours par fournir la répartition des étrangers selon le titre de séjour. Une publication de ce ministère indiquait cependant que la part du « stock » des étrangers ayant un titre de 10 ans n'était déjà plus que de 87 % en 1994 (citée in Cerc-association, *Immigration, emploi et chômage. Un état des lieux empirique et théorique*, Les dossiers de Cerc-association n°3-1999, p.88). Un document de la préfecture de police de Paris montre qu'en 2001 la part des étrangers ayant un titre de 10 ans est de 71 % et même de 65 % pour les ressortissants non communautaires.

⁸⁴ La loi « Chevènement » du 11 mai 1998 est venu formaliser cette évolution en ajoutant à côté des carte de séjour d'un an au plus qui existaient déjà (« salarié », « commerçant », « visiteur », « étudiant ») de nouvelles catégories (« scientifique », « artiste », « vie privée et familiale », etc.).

⁸⁵ Des prestations exigent la possession d'une carte de résident (les prestations de la ville de Paris par exemple), d'autres prestations exigent certains titres d'un an mais pas d'autres ou la possession de certains titres depuis plusieurs années (revenu minimum d'insertion, prestations d'aide sociale aux personnes âgées, etc.). Sur ces restrictions à l'accès à la protection sociale voir Math A. et Toullier A. (2004), « Protection sociale des étrangers : le difficile chemin vers l'égalité des droits », *Confluences Méditerranée*, n° 48, hiver 2003-2004.

⁸⁶ Janine Ponty (1998), *Polonais méconnus, histoire des travailleurs immigrés en France dans l'entre-deux-guerres*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1988, 474 p.

⁸⁷ Nazarena Zorzella, *La legge sull'immigrazione in Italia : il modello 'usa e getta'*, mimeo, avril 2004, 13 pages. Voir aussi Zorzella N., « Le modèle italien 'usa e getta' », *Plein Droit* n°61, juin 2004.

condition de toujours être salarié (ou de toujours exercer l'activité non salariée mentionnée sur son titre)⁸⁸. En cas de chômage (ou d'arrêt de l'activité non salariée), le titre est renouvelé seulement si l'étranger est indemnisé par l'assurance chômage. Sinon, ou quand il arrive en fin de droits à l'assurance chômage, le renouvellement n'est plus de droit, il dépend d'une faveur accordée ou non par la préfecture.

Dans cette situation, la perte d'emploi pour un salarié étranger peut s'avérer beaucoup plus préjudiciable que pour les autres salariés. Il risque de perdre bien plus que son seul emploi. Cette précarité du séjour lié à l'emploi le rend plus vulnérable dans sa relation de travail, le pousse à devoir accepter davantage les exigences de son employeur. La mobilisation d'une telle main d'œuvre présente donc des avantages du point de vue des employeurs qui peuvent faire pression à la baisse sur les conditions de travail et les salaires. Pour autant, le salarié étranger n'est pas prisonnier de son employeur. Il peut en changer s'il en trouve un autre.

V.3 Droit au séjour conditionné à l'exercice d'un emploi pour un employeur exclusif et/ou dans le cadre d'un contrat de travail exclusif

Dans ce modèle de mobilisation de la main d'œuvre étrangère, l'étranger n'a droit à rester sur le territoire que dans le cadre de sa relation contractuelle de travail avec son employeur. Cette situation peut favoriser diverses formes d'abus pour les salariés concernés et est propice à des formes de dumping social. C'est le cas des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation transfrontalière de service (le mode 4 de l'AGCS), mais n'est pas limité à ce seul cas de figure et s'étend à tout migrant dont le séjour est lié au contrat de travail. Les travailleurs étrangers admis aux Etats-Unis avec des visas H1-B ou L1 se trouvent aussi dans des situations de forte soumission à l'employeur⁸⁹. Leur utilisation par les entreprises américaines a explosé depuis le début des années 1990.

Pour illustrer comment la subordination exclusive d'un étranger à un employeur à travers son droit au séjour peut avoir des conséquences négatives sur les normes sociales, il est possible de prendre l'exemple des étrangers sous contrats OMI (Office des Migrations International)⁹⁰. Ces contrats OMI sont attribués à des Marocains, Polonais et Tunisiens dans le cadre de conventions bilatérales avec la France. Leur nombre, contingenté par les pouvoirs publics, est en très forte hausse depuis quelques années, une grande partie est destinée à l'agriculture et près de la moitié travaillent dans les exploitations de fruits et légumes des Bouches-du-Rhône. Des modalités semblables existent aujourd'hui dans d'autres pays européens⁹¹. Un étranger sous contrat OMI est un étranger choisi par un employeur pour venir travailler pour un maximum de 8 mois dans une activité saisonnière, dans le cadre d'un statut dérogatoire au marché du travail. En pratique, ce type de CDD au rabais est renouvelé indéfiniment d'année en année, mais ne donne pas les droits accordés aux détenteurs de CDD communs comme la prime de précarité ou la priorité de réembauche. Alors même qu'il cotise comme les autres, il ne peut non plus prétendre à des prestations de chômage. Il se rapproche de ce point de vue des salariés envoyés dans le cadre d'une prestation transfrontalière de service. Il s'en distingue par le fait qu'il bénéficie de certains droits sociaux du pays d'activité (l'assurance maladie ou l'acquisition des droits à la retraite par exemple).

Au delà des dispositions légales dérogatoires, les plus grands abus viennent de l'extrême dépendance dans laquelle le contrat OMI livre le salarié à l'employeur. Précaire et renouvelable d'une année sur l'autre sur la

⁸⁸ L'étranger avec un titre « salarié » ne peut passer d'une activité salariée à une activité non salariée. Celui avec mention d'une activité non salariée ne peut passer à une activité salarié ou à une autre activité non salariée.

⁸⁹ Catherine Sauviat (2003), "Une politique sélective de l'immigration dominée par les enjeux économiques", *Chronique Internationale de l'IRES* n°84, septembre 2003.

⁹⁰ Pour les informations sur les salariés en contrats OMI, nous nous basons sur de nombreux articles de presse, diverses publications en particulier celles du Forum civique européen (par exemple, Forum civique européen, *Le goût amer de nos fruits et légumes. L'exploitation des migrants dans l'agriculture intensive en Europe*, mars 2002, 131 pages, en particulier Henry M., « Les contrats de l'OMI en France ») et du « Collectif de défense des travailleurs étrangers dans l'agriculture provençale » (en particulier le *Mémoire* publié en janvier 2003) et enfin sur des rencontres avec des chercheurs ou personnes travaillant auprès de ces salariés.

⁹¹ Forum civique européen (2002), op. cit.

seule volonté de l'employeur, le contrat OMI place le saisonnier dans une position à devoir accepter de nombreuses exigences. Comme l'employeur recrute souvent ses salariés dans le même village et auprès de la même famille, il dispose ainsi, en cas de contestation ou de conflit, d'un moyen de pression en pouvant agiter la menace de priver toute cette communauté d'une source importante de revenu. Cette relation particulière anéantit tout pouvoir de négociation de ces salariés et conduit à de très nombreuses pratiques illégales, de fait largement tolérées dans l'agriculture maraîchère : exigence d'un paiement à l'entrée par des intermédiaires voire l'employeur lui-même pour tout primo-migrant désirant être embauché, non-respect des règles du droit du travail (dépassement d'heures, pas de repos hebdomadaire, obligation de faire des heures supplémentaires non déclarées ou sous payées, travail dangereux), non déclaration et/ou non reconnaissance des accidents du travail, non-respect des obligations de l'employeur en matière de logement, etc.. Ces contrats favorisent l'exploitation des saisonniers mais ont aussi eu, par contagion, des effets sur tous les autres salariés employés dans ce type d'agriculture qui se sont vus peu à peu contraints à devoir s'aligner sur les conditions de rémunération et de travail imposés aux saisonniers étrangers sous contrat OMI.

Le travailleur détaché, quelle que soit la forme du contrat auquel il est lié, est plus fortement subordonné à son employeur que tous les autres migrants. Dans le cas des contrats OMI, des saisonniers qui viennent chaque année depuis 25 ou 30 ans mais qui commencent à vieillir, se sont blessés ou tout simplement sont considérés comme moins productifs, ne sont plus repris l'année suivante par l'employeur qui les remplace par des jeunes. Le recours à des migrants sous contrat de travail permet ainsi un usage plus intensif de la force de travail. Il suffit de multiplier les contrats de service et d'assurer une rotation des salariés détachés. De ce point de vue, le recours à des migrants temporaires détachés s'inscrit dans la tendance libérale dominante pour une main d'œuvre temporaire, flexible et corvéable et sans souci pour les normes d'emploi.

Pour conclure de ce tour d'horizon des formes juridiques de recours à la main d'œuvre étrangère, on peut reprendre la conclusion d'un analyste proche des organisations syndicales autrichiennes après un examen du mode 4 de l'AGCS : « *du point de vue des organisations représentatives des travailleurs, il semble très clair que beaucoup plaide en faveur d'une immigration permanente et peu pour une libéralisation du type mode 4 de l'AGCS* »⁹². Une immigration permanente au sens d'une immigration garantissant une situation aussi égale que possible avec les autres travailleurs résidents est préférable du point de vue des normes sociales et du point de vue des migrants eux-mêmes, à toute autre forme d'immigration aux droits limités, notamment sous la forme de détachements temporaires dans le cadre d'une prestation de service.

⁹² « *from the viewpoint of the workers' representations, it seems hence fairly clear that a lot speaks for permanent immigration and little for significant mode 4 liberalization* » Raza W. (2003a), op. cit. Ou encore "An additional demand for foreign workers should primarily be covered by permanent immigration", Raza W. (2003b).

Section VI. Le migrant temporaire sous contrat de travail : un modèle d'exploitation privilégié

Au regard du raisonnement coûts-avantages préconisé par la théorie économique standard, l'immigration temporaire apparaît comme un régime idéal. Elle permet d'adapter une force de travail précaire et flexible aux exigences productives, mais avec un avantage supplémentaire dans le cas des migrants en séjour sous contrat de travail : ils peuvent être mis hors jeu non seulement de l'emploi, mais aussi de l'espace social. Ni l'entreprise, ni la société - sous la forme de revenus de remplacement - n'ont à en subir des conséquences.

Cette idée d'un travailleur, variable dont l'ajustement ne représente aucun coût, a par exemple été explicitement défendue par un économiste influent comme Tito Boeri, conseiller économique de D'Alema, le premier ministre italien du précédent gouvernement de centre gauche⁹³. Sa proposition de « *contracted temporary migration* » (immigration assignée à un travail et un employeur spécifique)⁹⁴ est présentée comme la « solution » permettant de répondre au fort besoin d'une main d'œuvre sélectionnée supplémentaire pour l'Italie tout en rassurant une opinion publique hostile ou au moins réticente vis-à-vis de l'idée de migrants supplémentaires⁹⁵. En Italie, cette proposition de « *contratto di soggiorno* » finalement rejetée sous le gouvernement de gauche, a été reprise depuis par le gouvernement Berlusconi dans le cadre de la nouvelle loi Bossi-Fini sur l'immigration adoptée en 2002⁹⁶. Ce contrat de séjour, forme hybride mi contrat de travail mi permis de séjour, place l'étranger dans une relation d'assujettissement à un employeur.

La grande régularisation d'environ 700 000 sans papiers en 2002 donne une autre illustration poussée à son paroxysme de cette approche utilitariste de l'immigration⁹⁷. Elle sanctionne de fait la faillite de la dernière grande loi sur l'immigration de 1998 du précédent gouvernement de centre gauche déjà accompagnée à l'époque d'une énième régularisation qui avait donc eu lieu moins de 4 ans auparavant. Le gouvernement Berlusconi a conçu la nouvelle régularisation de façon à ce que la demande ne puisse pas être exercée par l'étranger mais uniquement par l'employeur, avec toutes les formes d'abus qui peuvent en résulter. La régularisation prend en outre la forme du « contrat de séjour » liant strictement le droit au séjour de l'étranger à l'employeur. L'Etat avalise ainsi totalement la vision utilitariste en considérant l'étranger non comme un sujet de droit mais comme une simple force de travail. Cette vision – et les solutions juridiques en matière de droit au séjour qui l'accompagnent - gagne du terrain ailleurs qu'en Italie.

⁹³ Cet économiste proche des milieux financiers participe et apporte un verni scientifique aux travaux des think-thanks patronaux comme la « table ronde des industriels » (ERT) et son relais italien, la Fondazione Rodolfo de Benedetti (FRDB). Sur les préconisations et le rôle de Tito Boeri, l'ERT et la FRDB sur la question des retraites en Europe, voir Math A. (2001), « Défense des intérêts patronaux au niveau européen : le cas des retraites », *Chronique internationale de l'IRES* n°72, septembre 2001. Sur l'immigration, ces acteurs ont également été actifs. Voir par exemple les préconisations de Tito Boeri sur le site de la FRDB (<http://www.frdb.org>).

⁹⁴ Pour une discussion critique voir Zanchetta Pier Luigi (2001), « Lavoro degli immigrati ed interessi economici : domanda ad economisti, sociologi, politici (e a chi sa) », *Diritto Immigrazione e Cittadinanza* ; Anno III, n°3, Franco Angeli, Milano.

⁹⁵ Voir http://www.frdb.org/documentazione/scheda.php?id=39&doc_pk=9061

⁹⁶ Tito Boeri a toutefois pris nettement ses distances avec la loi Bossi-Fini (« Immigrati, la via del realismo », *Il Sole 24 Ore*, 3 juin 2003). Sur cette question, voir Paggi M., « La legge Bossi-Fini : considerazioni critiche in tema di lavoro e flussi migratori », in Leonardi S. e G. Mottura (2002), *Immigrazione et sindacato. Lavora, rappresentanza, contrattazione*, IRES, Ediesse, Roma.

⁹⁷ Pour une présentation très précise de la législation et les liens entre droit au séjour et travail voir Nazarena Zorzella, *La legge sull'immigrazione in Italia : il modello 'usa e getta'*, mimeo, avril 2004, 13 pages. Voir aussi Zorzella N., « Le modèle italien 'usa e getta' », *Plein Droit* n°61, juin 2004. Sur la situation des régularisés au regard du séjour, voir Paggi M. (2003), « La condizione giuridica dei regolarizzandi 'perdenti il posto di lavoro' », *Diritto Immigrazione e Cittadinanza*, Anno V, n°2, Franco Angeli, Milano.

Pour tenter de repérer les orientations prises au niveau de l'Union européenne sur les questions d'emploi des étrangers et/ou d'immigration de travailleurs, il est possible de repartir des recommandations de la Commission européenne⁹⁸ et des textes et décisions déjà prises depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam⁹⁹. Ces orientations reflètent et tout à la fois cristallisent celles des Etats membres.

Trois orientations se dégagent :

- privilégier l'immigration la plus flexible, telle que l'immigration temporaire ou saisonnière¹⁰⁰, même si ce modèle ne peut être appliqué à toutes les catégories et que l'immigration permanente se justifie (du point de vue des décideurs économiques) aussi dans certains secteurs et/ou pour certains emplois.
- sélectionner l'immigration, qu'elle soit temporaire ou permanente, en fonction des besoins de l'économie européenne (des entreprises) et à contrario limiter les autres formes d'immigration jugées moins utiles, non choisies voire considérées comme subies (regroupement familial, réfugiés).
- moduler les statuts (grader les droits) des travailleurs migrants, et en particulier subordonner davantage l'entrée puis le maintien sur le territoire à l'exercice d'un emploi, quitte à durcir les autres possibilités d'entrée et d'installation légales sur le territoire.

Le recours à des migrants détachés dans le cadre d'une prestation de service – ou dans le cadre d'un contrat de travail – répond idéalement à ces trois orientations puisqu'il s'agit à la fois d'une immigration temporaire et flexible, d'une immigration choisie par les entreprises (« utile ») et d'une immigration subordonnée, et même très fortement, à l'exercice d'une activité professionnelle précise, ce qui en renforce d'ailleurs le caractère flexible.

Le complément logique à ces orientations consiste à limiter l'immigration qui ne répond pas à ces critères, en particulier l'immigration dite permanente d'étrangers disposant de statuts stables et de droits proches des résidents. La volonté de limiter les statuts stables – ou de les réserver à une élite et/ou aux seuls résidents très anciens – et de favoriser l'immigration temporaire en particulier sous la forme de travailleurs détachés peut être illustrée à travers deux orientations décidées récemment.

La première vient de la décision de reporter la libre circulation des ressortissants des huit nouveaux Etats membres d'Europe centrale et orientale¹⁰¹. Cette libre circulation des travailleurs salariés est reportée de 2, 5 ou 7 ans au choix des actuels pays membres. La raison, plus ou moins explicite, de ce report est de répondre aux craintes de concurrence que représenterait l'arrivée de ces ressortissants. Cette décision a donc pour objectif de protéger les salariés et chômeurs sur les marchés du travail des actuels Etats membres, par exemple de la concurrence de Polonais qui viendraient proposer leur services aux entreprises implantées en France. Ils ne le pourront pas et resteront soumis aux mêmes restrictions qu'un Malien ou un Japonais dans la même situation. Cependant, dès le 1^{er} mai 2004, et cette information est beaucoup moins connue, n'importe quelle entreprise implantée en Pologne pourra envoyer ses salariés polonais en France dans le cadre de la libre circulation des services¹⁰². Elles le pouvaient d'ailleurs déjà dans le cadre de conventions bilatérales entre la Pologne et d'autres pays : sur le chantier du TGV Est, la pose de l'armature en béton a été sous-traitée à une entreprise allemande qui l'a elle-même sous-traité à

⁹⁸ Notamment la communication de la Commission sur l'immigration, l'intégration et l'emploi du 3 juin 2003, COM(2003) 336 final.

⁹⁹ Math A. et Rodier C. (2003), op. cit.

¹⁰⁰ Dans de nombreux pays européens, dont l'Allemagne, l'Espagne, les Pays-Bas, la France et la Belgique, le recours aux saisonniers étrangers a d'ailleurs fortement augmenté depuis quelques années.

¹⁰¹ Math. A et Viprey M. (2004), « Quel accès aux marchés du travail pour les ressortissants des nouveaux Etats membres ? », op. cit.

¹⁰² La législation communautaire sur la libre circulation des services (des capitaux et des biens) s'appliquent dès l'entrée dans l'UE. Un document récent du ministère du travail confirme que l'envoi de travailleurs détachés des nouveaux Etats dans le cadre d'une prestation de service est autorisé dès le 1^{er} mai 2004. « *L'Europe s'élargit. Comment la France accueillera les ressortissants des nouveaux Etats membres ?* », op. cit.

une autre entreprise allemande qui fait effectuer le travail par des salariés polonais détachés d'une troisième société¹⁰³.

Mais à la différence de Polonais qui viendraient dans le cadre d'une libre circulation des travailleurs et qui seraient placés à égalité de droit avec les salariés résidant en France et davantage en position de négocier ou renégocier leur relation de travail, les Polonais détachés dans le cadre d'une prestation de service n'acquièrent aucun droit au séjour, sont placés dans une situation d'égalité moindre avec les salariés résidents, de plus grande subordination avec l'employeur et donc davantage susceptibles de représenter une concurrence plus forte pour les salariés résidents. Sous ce jour, la protection du marché du travail national pour justifier la restriction à la libre circulation des nouveaux entrants apparaît comme un argument contestable.

Une seconde décision prise au niveau de l'UE est du même ordre. Il s'agit de la nouvelle directive relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée¹⁰⁴. Initialement et notamment au sommet européen de Tampere en octobre 1999, l'objectif était d'étendre la libre circulation dont jouissent les ressortissants de l'EEE aux étrangers de pays tiers qui résident déjà légalement depuis longtemps dans un des Etats membres. Le Conseil européen de Tampere avait étendu cet objectif initial par celui plus général de « *rapprocher le statut juridique* » des ressortissants des pays tiers résidant de longue durée de celui des ressortissants des Etats membres et de leur « *octroyer un ensemble de droits uniformes aussi proches que possible de ceux dont jouissent les citoyens de l'UE* ».

Au regard de l'objectif initial de libre circulation, l'échec est flagrant. L'expression même de « libre circulation » a disparu de la directive et a été remplacée par une rubrique sur le « séjour dans les autres Etats membres ». L'étranger qui aura obtenu le statut de résident de longue durée dans un Etat, les conditions d'octroi de ce statut étant par ailleurs particulièrement restrictives, n'aura pas un droit à aller travailler dans un autre Etat membre. Comme aujourd'hui, l'Algérien vivant en Belgique depuis longtemps et désirant travailler en France pourra se voir opposer, comme à n'importe quel étranger de passage, la situation de l'emploi. Aucun progrès donc en matière de libre circulation des travailleurs puisque les Etats n'ont d'ailleurs pas à modifier leur législation actuelle.

Et comme pour les ressortissants des nouveaux Etats membres, il n'existe en revanche aucune limitation à leur envoi dans le cadre d'une prestation de service. La directive précise bien que la « *directive ne s'applique pas aux ressortissants de pays tiers qui (...) séjournent (...) en tant que travailleurs salariés détachés par un prestataire de services afin de fournir des services transfrontaliers* » et que les dispositions – les possibilités et les restrictions décidées par les Etats – pour le séjour dans un autre Etat membre que celui de résidence « *ne concernent pas le séjour d'un résident de longue durée (...) en tant que travailleurs salarié détaché par un prestataire de services dans le cadre d'une prestation transfrontalière* ». L'Algérien vivant en Belgique depuis longtemps n'a toujours pas un droit à chercher du travail en France, mais une entreprise implantée en Belgique peut parfaitement envoyer son salarié algérien en France dans le cadre d'une prestation de service.

Ces deux illustrations, en ce qui concerne les ressortissants des nouveaux Etats membres ou des ressortissants d'Etats tiers résidant déjà depuis longtemps dans l'EEE, confirment une préférence européenne pour des migrations de travailleurs temporaires détachés, de salariés « bridés » disposant de moins de droit et liés à leur employeur, plutôt que des migrations de salariés égaux avec les salariés résidents.

¹⁰³ Valérie Devillechabrolle (2003), op. cit.

¹⁰⁴ Directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (paru au JOCE du 23 janvier 2004).

Conclusion

Si le mode 4 de l'AGCS en tant que tel ne sera probablement pas demain la principale façon de mobiliser la main d'œuvre étrangère, en revanche il semble qu'il fasse désormais figure de modèle pour ceux qui cherchent un régime de régulation ou « gouvernance » de l'immigration. En témoigne par exemple les recommandations de Jan Niessen, directeur du Policy Migration Group un think tank proche des milieux dirigeants, qui considère que le mode de l'AGCS « *contient de nombreux éléments pour un modèle de gouvernance globale des migrations* » et que « *les décideurs cherchant à concevoir un régime de migration devrait s'en inspirer* »¹⁰⁵. On notera au passage une très forte contradiction entre d'un côté les règles – droit communautaire, code du travail, mode 4 de l'AGCS – qui rappellent que le détachement n'est pas de la migration mais une simple modalité accessoire à la réalisation d'un service¹⁰⁶ et que les travailleurs concernés n'acquièrent pas de droit au titre du séjour - et de l'autre côté les discours qui tendent justement à promouvoir cette forme de mobilisation d'étrangers comme un régime alternatif de régulation des migrations.

Cet attrait pour ce régime migratoire s'inscrit parfaitement dans l'orientation privilégiée qui consiste à sélectionner et tolérer les étrangers si et tant qu'ils restent utiles aux entreprises, comme l'illustrent plusieurs évolutions actuelles, en l'Italie par exemple. En France comme ailleurs depuis quelques années, le principe de la maîtrise des flux migratoires semble ainsi s'accommoder de nouvelles formes d'immigration garantissant aux entreprises en manque de main-d'œuvre une gestion plus souple et plus fluide de la force de travail. Profitant de la vulnérabilité sociale des étrangers sans titre, certains secteurs ont été tentés par le recours à la « délocalisation sur place » comme moyen d'échapper aux règles de fixation des salaires, d'être exonéré de la plupart des contributions sociales et de ne pas respecter les conditions minimales prévues par le Code du travail. Un tel dispositif est particulièrement avantageux pour faire jouer aux travailleurs étrangers le rôle de bouche trou dans le bâtiment ou la restauration mais il présente l'inconvénient d'être limité à quelques secteurs d'activité spécifiques. Pour les pouvoirs publics, il présente l'inconvénient de devoir régulariser périodiquement des travailleurs qui après avoir été exploités pendant dix ans quinze ans ou plus peuvent se prévaloir d'un droit de fait au séjour en France. Le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de service constitue une réponse à la contradiction apparente qu'il existe entre besoin de main-d'œuvre et volonté affichée de maîtrise des flux.

Permis voire encouragé par des accords internationaux dont les négociations échappent le plus souvent au débat public (accords AGCS, contrats OMI dans le cadre d'accords bilatéraux avec le Maroc, la Tunisie ou la Pologne), ces régimes de mobilisation de la main-d'œuvre étrangère visent à rendre compatible un durcissement en matière d'entrée et de séjour des étrangers – la « fermeture » ou la « maîtrise » des flux - avec le besoin des entreprises des Etats les plus développés de recourir à des travailleurs plus malléables et corvéables que ceux déjà présents sur le marché du travail. Dans un contexte de vieillissement démographique et la prévision de futures tensions sur le marché du travail, de nombreux discours laissent envisager une possible réouverture des frontières qui s'effectuerait, non pas dans le cadre du respect du droit à la libre circulation des travailleurs mais dans la perspective d'offrir aux entreprises des moyens de contourner les règles sociales applicables sur le territoire au sein duquel le travailleur exerce son activité.

¹⁰⁵ Niessen J. (2003), op. cit.

¹⁰⁶ Sinon il s'agit d'un prêt illicite de main d'œuvre.

Annexe

La législation en matière de droit du travail des travailleurs détachés

La législation communautaire

Les règles du travail du travailleur détaché au sein de l'EEE sont prévues par la **directive 96/71/CE sur le détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services à l'intérieur de l'EEE**.

Le détachement, au sens de cette directive, concerne l'envoi de travailleurs à la condition qu'il existe une relation de travail entre l'entreprise d'envoi et le travailleur pendant la période de détachement. Ne peut être considéré comme détaché, un salarié (et ce quelle que soit sa nationalité) qui serait embauché dans le pays d'activité par l'entreprise étrangère qui fournit la prestation de service (faux détachement)

Trois situations de détachement dans le cadre d'une prestation de service sont couvertes par la directive :

- le plus courant correspond au détachement d'un travailleur sur le territoire d'un Etat membre, dans le cadre d'un contrat conclu entre l'entreprise d'envoi et le destinataire de la prestation de service.
- le transfert intra-entreprise ou intra-groupe correspond au détachement d'un travailleur dans un établissement ou dans une entreprise appartenant au groupe.
- le détachement d'un travailleur par une entreprise de travail intérimaire à une entreprise utilisatrice établie ou exerçant son activité sur le territoire d'un autre Etat membre que l'entreprise de mise à disposition.

Les normes sociales applicables au salarié détaché.

La directive identifie un socle de règles impératives minimales de l'Etat d'accueil en matière de droit du travail qui doivent s'appliquer aux salariés détachés dans le cadre d'une prestation de service. Les règles sont obligatoires seulement si elles existent déjà dans la législation interne de l'Etat d'accueil que ce soit sous la forme de législations et/ou de conventions collectives.

Règles applicables dans le cas général

Ces règles impératives dans le cas général sont : les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos ; la durée minimale des congés annuels payés ; le taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires ; les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire ; la sécurité, la santé et l'hygiène au travail ; les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes ; l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination (article 3 de la directive).

Les Etats peuvent imposer d'autres obligations aux entreprises étrangères (installées dans l'EEE) qui envoient des salariés dans le cadre d'une prestation de service, mais seulement dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public au sens du droit communautaire. La notion d'ordre public reçoit de la CJCE une interprétation très stricte qui ne peut être déterminée unilatéralement par chaque Etat membre. La Commission rappelle que « *les Etats ne sont pas libres d'imposer toutes les dispositions obligatoires de leur droit du travail aux prestataires de services établis dans un autre Etat membre. Ils doivent respecter les règles du Traité et, en particulier, de l'article 49 CE tel qu'interprété par la Cour de justice* »¹⁰⁷. Par exemple, les dispositions d'ordre public nationales en matière de licenciement ne le sont pas forcément au regard du droit communautaire en matière de libre prestation de services.

¹⁰⁷ Commission européenne, Communication du 25 juillet 2003 sur la mise en œuvre de la directive 96/71/CE dans les Etats membres (COM(2003) 458 final).

Dans son évaluation de la directive, la Commission en conclue que « *les Etats membres dont la législation de transposition impose aux entreprises étrangères, pendant la période de détachement, le respect du droit du travail du pays d'accueil dans sa totalité dépassent clairement le cadre établi par le droit communautaire* » et que toute disposition au delà de la liste des règles impératives doit être revue.

Règles applicables dans des cas particuliers

Pour des détachements de courte durée, les entreprises peuvent se soustraire à certaines des obligations prévues dans le cas général.

- Détachement qui ne dépasse pas 8 jours par des entreprises qui effectuent des travaux de montage initial ou de première installation d'un bien, qui forment partie intégrante d'un contrat de fourniture de biens, qui sont indispensables pour la mise en fonctionnement du bien fourni et qui sont exécutés par des travailleurs qualifiés ou spécialisés (le secteur de la construction est expressément exclu). Dans ce cas, les entreprises sont dispensées de respecter la législation du pays d'accueil en matière de taux de salaire minimal (y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires) et de durée minimale des congés annuels payés (article 3.2 de la directive).
- Détachement d'un ou plusieurs salariés pour une durée non supérieure à un mois (sauf en cas d'envoi par une entreprise de travail temporaire). L'Etat d'accueil peut dispenser les entreprises des règles concernant les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires (article 3.3 de la directive).
- Détachement d'un ou plusieurs salariés pour un travail de « faible ampleur » (sauf en cas d'envoi par une entreprise de travail temporaire). L'Etat d'accueil peut dispenser les entreprises des règles concernant les périodes maximales de travail et minimales de repos et les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires (article 3.5 de la directive). Cette notion de travail de « faible ampleur » n'est pas définie (et cette possibilité n'a pas été introduite en droit français).

La législation française (articles D. 341-5 et suivants du code du travail)

A la différence de la directive, les règles s'appliquent quel que soit le lieu d'implantation de l'entreprise prestatrice.

Règles applicables dans le cas général

Les **dispositions légales** dont doit bénéficier le travailleur envoyé en France (article D 341-5-3 du CT) : rémunération (SMIC, modes de paiement, périodicité, date et lieu de paiement, obligation d'établir un bulletin de paie) ; durée du travail et travail de nuit, à l'exception de la modulation du temps de travail ; repos et congés ; hygiène et sécurité ; protection de la maternité ; égalité professionnelle entre hommes et femmes et non discrimination ; harcèlement sexuel ; âge d'admission au travail ; travail temporaire (sauf l'indemnité de précarité si les salariés sont employés sous contrat à durée indéterminée dans leur pays d'origine et sauf la garantie financière si l'entreprise de travail temporaire respecte une formalité d'effet équivalent dans son pays d'origine).

Sous réserves de certaines exceptions, les dispositions relatives à l'intérim sont également applicables aux salariés détachés en France dans le cadre d'une mise à disposition au titre du travail temporaire.

Les dispositions issues des **conventions et accords collectifs étendus** dont doit bénéficier le travailleur envoyé en France sont « *celles relatives à la durée du travail, au travail du dimanche, au travail de nuit, aux congés payés, aux congés pour événements familiaux, aux jours fériés, à la rémunération y compris les primes et compléments de salaires, à la sécurité, à la santé et à l'hygiène au travail, aux mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes, à l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi qu'à toutes dispositions en matière de non-discrimination, aux classifications, aux remboursements des frais de toute nature et à l'indemnisation des absences pour maladie ou accident* » (art D 341-5-1) ainsi que les

dispositions relatives à la mensualisation prévues par l'accord du 10 décembre 1977 et étendues par la loi n°78-49 du 19 janvier 1978 (art D 341-5-2).

A l'inverse, le salarié ne peut pas prétendre aux autres dispositions françaises parmi lesquelles : conclusion et validité du contrat de travail (contrats à durée déterminée, mentions obligatoires, clauses insérables, etc.) ; exécution du contrat de travail (essai, taux de salaire en dehors du SMIC, modulation du temps de travail) ; mise en place des institutions représentatives du personnel (élection de délégué du personnel, de délégué syndical, des membres du CE et du CHSCT..) ; rupture du contrat de travail (motivation, préavis, indemnités de rupture, etc.) ; formation professionnelle.

Règles applicables dans des cas particuliers

Il existe des catégories pour lesquelles les dispositions de droit interne qui doivent s'appliquer sont moins exigeantes pour l'employeur que celles exigées dans la situation générale (art. D. 341-5-3 du CT). Elles correspondent grosso modo aux situations dérogatoires envisagées par la directive communautaire.

Pour les salariés détachés en France pour un mois au plus, aux dispositions du droit du travail qui s'appliquent dans le cas général (cf. ci-dessus) sont retirées celles relatives à la périodicité, la date et lieu de paiement du salaire, ainsi que l'obligation d'établir un bulletin de paie. La législation française ne reprend pas les possibilités d'exonération proposées par la directive mais en revanche en ajoute une non prévue par la directive, celle relative à l'établissement du bulletin de paie (article L. 143-3 du code du travail). Si, lorsqu'il n'y a pas de remise du bulletin de paie, il est prévu (pour des raisons « évidentes » de simplification) que la preuve du respect des dispositions relatives au paiement du salaire puisse être administrée par tout moyen, on peut s'interroger sur cette dispense dans la mesure où le « fait de se soustraire intentionnellement à l'accomplissement » de la formalité de remise du bulletin de paie est constitutif de l'infraction de travail dissimulé par dissimulation d'emploi (art L.324-10 du code du travail).

A noter que pour les salariés détachés en France pour un mois au plus, la France a ouvert cet assouplissement aux entreprises installées hors de l'EEE.

Pour les salariés détachés pendant 8 jours au plus pour effectuer des travaux de montage, les dispositions relatives à la durée minimale des congés payés annuels et au taux de salaire minimal ne sont pas exigibles si les salariés sont envoyés pour un détachement de huit jours au plus, si la mission consiste à effectuer des travaux de montage initial ou de première installation d'un bien, si les travaux sont partie intégrante d'un contrat de fourniture, s'ils sont exécutés par des salariés qualifiés ou spécialisés de l'entreprise de fourniture et à condition qu'ils ne relèvent pas du secteur de la construction (article D. 341-6 alinéa 3 du code du travail).