

à la une

Département : SOCIAL

*Dans les années 80, un électricien polonais a joué un rôle de premier plan dans la transformation géopolitique du continent européen.
 En 2005, à en croire les médias, un plombier polonais aurait contribué à faire échouer la ratification par la France du Traité Constitutionnel Européen.
 Mais, alors que l'électricien avait un nom et des moustaches, le plombier reste anonyme.
 Le plombier polonais existe-t-il vraiment ?
 Plus sérieusement, il nous apparaît opportun de faire le point sur les principales règles de droit social régissant les prestations de service au sein de l'Union Européenne comportant un déplacement physique de travailleurs d'un Etat Membre à un autre.*

Le thème du mois : Le plombier polonais : mythe ou réalité ?

I – Les principes de liberté des prestations de service et de libre circulation des travailleurs

Articles 48 s. (prestations de service) et 59 s. (circulation) du Traité CE
 Règlement 1612/68 du 15.10.1968 (libre circulation des travailleurs)
 Directive 68/360 du 15.10.1968 (déplacement des travailleurs)
 Directive 96/71 du 16.12.1996 (détachement des travailleurs)
 Directive 2004/38 du 29.04.2004 (circulation et séjour des citoyens UE)

Le principe de libre circulation des travailleurs reçoit des applications dans deux domaines distincts :

- d'une part, il entraîne la liberté pour les ressortissants d'un Etat Membre de se déplacer vers un autre Etat Membre pour y rechercher un emploi. Concrètement, il s'agit dans ce cas de postuler à une embauche directe par une entreprise établie dans l'Etat Membre d'accueil, pour y travailler sur place.

Le 1^{er} mai 2004, 10 nouveaux Etats Membres sont entrés dans l'UE.

Une période transitoire a été instaurée pour les travailleurs salariés de ces Etats (à l'exception des chypriotes et des maltais), pour une durée minimum de 2 ans et maximum de 7 ans. Durant cette période, ils restent soumis au régime des ressortissants hors UE et doivent obtenir un titre de séjour. Des assouplissements peuvent être prévus par chaque Etat Membre, dès 2006, en fonction de la situation interne du marché de l'emploi.

Un tel contrat de travail sera nécessairement régi par le droit de l'Etat d'accueil, ce n'est pas cette hypothèse que nous envisageons ici.

- d'autre part, ce même principe de libre circulation permet :
 - soit à un travailleur indépendant d'aller accomplir une prestation dans un Etat Membre autre que celui dans lequel il est établi,
 - soit à une entreprise établie dans un Etat Membre de détacher des salariés dans un autre Etat Membre en vue d'y accomplir une prestation de services.

Ce sont ces deux hypothèses qui font l'objet de la présente étude.

Depuis le 1^{er} mai 2004, les entreprises et travailleurs indépendants des nouveaux Etats Membres bénéficient de la même liberté que ceux des autres pays de l'UE : « les entreprises et les personnes physiques [peuvent] effectuer librement des prestations de services et se faire accompagner par leurs salariés, qu'ils soient ressortissants d'un nouvel Etat Membre ou ressortissant de pays tiers » (Circ. 26.05.2004). Dans ce cas, le prestataire déclare simplement son activité et la présence de ses salariés sur le territoire français aux services de l'emploi, mais cette facilité est ouverte pour les seuls salariés employés « de façon régulière et habituelle ».

II – Les applications de ces principes

II-1 Les prestations de service intra-européennes comportant le déplacement d'un travailleur indépendant

La liberté est en ce cas quasi-totale (cf. supra sur les nouveaux Etats). Le travailleur indépendant demeurera assujéti au régime social (et fiscal) de l'Etat Membre où il exerce habituellement son activité (article 14 bis du règlement CE 1408/71 du 14 juin 1971).

S'il se trouve que ce régime comporte des charges sociales et fiscales moindres qu'en France, le travailleur indépendant ressortissant d'un autre Etat Membre aura effectivement un avantage compétitif par rapport à un travailleur indépendant français.

Il convient toutefois de nuancer sérieusement les risques de dumping social dans cette hypothèse.

Tout d'abord, l'hypothèse est celle d'un travailleur indépendant n'employant pas lui-même de salariés (car sinon nous sommes dans l'hypothèse décrite en II-2 ci-après). Cela limite considérablement la gamme de prestations de services qu'il est susceptible d'accomplir.

Par ailleurs, l'intérêt que peut avoir un travailleur indépendant à se déplacer dans un autre Etat Membre pour y accomplir une prestation de service est limité car, d'une part, il risque de laisser en déshérence sa clientèle locale et, d'autre part, l'avantage compétitif lié à d'éventuelles charges moindres peut se voir annulé par les coûts de transport et de logement sur place.

II-2. Les prestations de service intra-européennes comportant le détachement en France de salariés employés par une entreprise établie dans un autre Etat Membre

De tels détachements sont en principe effectués librement... mais pas à n'importe quelles conditions.

Le texte de référence est ici l'article L. 341-5 du Code du Travail : "Sous réserve des traités et accords internationaux, lorsqu'une entreprise non établie en France effectue sur le territoire national une prestation de services, les salariés qu'elle détache temporairement pour l'accomplissement de cette prestation sont soumis aux dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles applicables aux salariés employés par les entreprises de la même branche, établies en France, en matière de sécurité sociale, de régimes complémentaires interprofessionnels ou professionnels relevant du titre III du livre VII du code de la sécurité sociale, de rémunération, de durée du travail et de conditions de travail, dans les limites et selon des modalités déterminées par décret."

Ce texte est applicable aux prestations de services effectuées tant par des entreprises établies dans un autre Etat Membre de l'Union Européenne que par toute autre entreprise étrangère. La différence est que, pour les ressortissants de pays tiers, il est nécessaire d'obtenir des titres de séjour et de travail, et que la "situation de l'emploi" est opposable.

Mais, toujours est-il que cette disposition législative, ainsi que les textes réglementaires pris pour son application, permettent en théorie d'empêcher le "dumping social" en matière de prestations de services intra-européennes. En clair, il n'est théoriquement pas possible de voir travailler en France des plombiers polonais salariés payés 500 € par mois... ni même des ouvriers portugais payés 800 € par mois.

Mais ce dispositif comporte deux limites :

- d'une part, aux termes de l'article D. 341-5, il n'est pas applicable aux travaux de montage initial ou de première installation d'un bien dès lors que la durée de détachement des salariés n'excède pas huit jours. Cette dérogation ne s'étend pas au secteur de la construction.
- d'autre part, l'alignement sur les normes françaises pour la durée du détachement ne s'étend pas, au sein de l'UE, à la protection sociale. Les salariés détachés peuvent en effet rester soumis à leur régime de sécurité sociale d'origine, dans le cadre des procédures prévues par le règlement CE 1408/71 du 14 juin 1971. Ainsi, même si le salaire brut est identique, une entreprise établie dans un Etat Membre où les charges sociales sont moindres conserve un avantage compétitif.

Revirement de jurisprudence : **la date de rupture de la période d'essai**

Dans un arrêt récent, du 11 mai 2005, la Cour de cassation a opéré un revirement relatif à la date de rupture de la période d'essai.

Rappelons que l'originalité de la période d'essai est de permettre :

- à l'employeur d'apprécier les aptitudes professionnelles d'un salarié ;
- au salarié d'apprécier les conditions de travail qui seront les siennes.

Le contrat de travail ne devient définitif qu'à l'issue de cette période « probatoire » au cours de laquelle chacune des parties conserve le droit de rompre le contrat à tout moment (en théorie, jusqu'au dernier jour de la période d'essai), sans aucune formalité (même oralement sous réserve des difficultés de preuve).

Ainsi, au cours de la période d'essai, l'employeur n'est pas tenu de respecter la procédure applicable en cas de licenciement : ni entretien préalable, ni motivation, ni préavis (sous réserve de dispositions contractuelles ou conventionnelles qui imposeraient un délai de prévenance).

L'enjeu de la date de la rupture est donc de taille puisqu'elle va déterminer, selon que l'on se situe dans le cadre de la période d'essai ou au-delà, si le droit du licenciement trouve à s'appliquer dans toute sa rigueur ou non.

C'est pourquoi il est conseillé de formaliser la rupture par l'envoi d'une lettre recommandée AR ou par remise en main propre contre décharge.

Dès lors, quelle est la date de la rupture ainsi notifiée :

- l'envoi par l'employeur ;
- la première présentation au domicile du salarié ;
- la prise de connaissance effective du contenu par le salarié ?

Cette question est fondamentale lorsque l'employeur envoie la lettre de rupture *in extremis* bien que dans le cadre de la période d'essai, et que cette lettre arrive à destination après la fin de la période d'essai.

Depuis longtemps (Cass. Soc. 05.05.1977, n° 76-40.200), c'était la présentation à l'adresse communiquée par le salarié à l'employeur qui était retenue, à l'exclusion de la date d'envoi (Cass. Soc. 14.03.1995, n° 91-43.658) ou de la prise de connaissance effective du contenu par le salarié (Cass. Soc. 17-10.2000, n° 98-42.581).

Si la lettre était présentée par la poste après la fin de la période d'essai, il était reproché à l'employeur d'avoir « licencié » le salarié dont le contrat de travail était devenu définitif, sans respecter la procédure de licenciement. L'employeur, pensant rompre la période d'essai et non licencier le salarié, ne prenait pas davantage soin de motiver la lettre et le « licenciement » était nécessairement sans cause réelle et sérieuse.

Le 11 mai 2005, la Cour de cassation, saisie d'une lettre envoyée avant la fin de la période d'essai mais présentée au salarié après, a jugé que :

« la rupture d'un contrat de travail se situe à la date où l'employeur a manifesté sa volonté d'y mettre fin, c'est-à-dire au jour de l'envoi de la lettre recommandée avec accusé de réception notifiant la rupture ».

Cette solution a déjà fait couler beaucoup d'encre. Compte tenu des termes très généraux adoptés et de la publicité promise (P+B+R+I), se pose la question de la transposabilité de cette solution à d'autres hypothèses et notamment à la notification du licenciement.

En effet, concernant la notification du licenciement c'est la première présentation de la lettre au domicile du salarié qui compte (Cass. Soc. 30.10.2000, n° 98-43.619). C'est d'autant plus vrai que la date de rupture en l'espèce est aussi le point de départ du délai de préavis (L. 122-14-1 du Code du travail).

Toutefois, à cet égard, deux décisions remarquables sont intervenues cette année :

- dans la première affaire, dont la Cour de cassation était saisie, un employeur avait notifié son licenciement à un salarié mais celui-ci avait été victime d'un accident du travail entre l'envoi et la réception de la lettre. Or, l'article L. 122-32-2 du Code du travail interdit à l'employeur de licencier un salarié dont le contrat de travail est suspendu dans un tel cas, sauf faute grave.

Revenant sur sa jurisprudence antérieure (Cass. Soc. 07.12.1999, n° 97-43.734 et 30.10.2000 précité), la Cour a statué comme suit :

« il résulte de la combinaison des articles L. 122-14-1 et L. 122-32-2 du code du travail que lorsque la lettre de licenciement a été envoyée au salarié avant qu'il ne soit victime d'un accident du travail, la circonstance que cette lettre ne lui soit parvenue qu'au cours de la période de suspension de son contrat de travail consécutive à l'accident n'a pas pour conséquence de rendre nul le licenciement précédemment prononcé dont l'effet est reporté à l'expiration de la période de suspension »
(Cass. Ass. Plén. 28.01.2005, n° 01-45.924).

- dans la seconde affaire, dont cette fois la CJCE était saisie, il a été décidé que :

« les articles 2 à 4 de la directive [n°98/59/CE, du 20.07.1998, concernant le rapprochement des législations des Etats membres relatives aux licenciements collectifs] doivent être interprétés en ce sens que l'évènement valant licenciement est constitué par la manifestation de la volonté de l'employeur de résilier le contrat de travail »
(CJCE, 27.01.2005, Junk c/ Kühnel, aff. C-188/03).

La doctrine envisage déjà d'autres applications possibles de cette position qui pourrait remettre en cause des jurisprudences même récentes.

Par exemple, en matière d'apprentissage, la Cour de cassation avait décidé que la lettre de rupture reçue par l'apprenti après l'expiration du délai de 2 mois (L. 117-17 du Code du travail) pouvait donner droit à indemnisation au profit de l'apprenti, même si l'employeur avait envoyé le courrier à temps.

Egalement, concernant le droit à indemnité de licenciement, la Cour de cassation considère que l'ancienneté de 2 années s'apprécie à la date de notification (et non à l'expiration du préavis). Dès lors, à la lumière de l'arrêt du 11 mai 2005, faut-il entendre par « notification » la date d'envoi par l'employeur ?

En revanche, dans bien d'autres cas, cette transposition semble peu probable. Ainsi, lorsque la notification est le point de départ d'un délai, tels :

- le délai de 12 mois pour contester la régularité ou la validité du licenciement économique (L. 321-1 du Code du travail) ;
- le délai de 8 jours pour souscrire au congé de reclassement (R. 321-10 du même Code) ;
- le délai de 15 jours dont la salariée licenciée dispose pour informer son employeur de son état de grossesse (L. 122-25-2 du même Code et Cass. Soc. 03.12.1997, n° 95-40.093 qui précise que le délai ne court qu'à compter de la notification portée à la connaissance de la salariée).

Il appartiendra à la jurisprudence de décider si les délais sont décomptés à partir de l'envoi ou de la réception de la notification. Toutefois, on imagine difficilement, compte tenu du caractère protecteur du droit du travail, que la jurisprudence accepte d'amputer les délais dont le salarié dispose pour répondre à l'employeur et de lui faire supporter les aléas des services postaux, surtout quand les délais se décomptent en jours !.

Sécurité sociale : à suivre !

Les droits des cotisants vont être considérablement renforcés, puisqu'ils pourront :

- se prévaloir, notamment devant les juridictions, des circulaires et instructions ministérielles publiées, à l'encontre de tout redressement de cotisations et contributions sociales fondé sur une interprétation différente de celle de l'administration (CSS, art. L. 243-6-2) ;

- solliciter et obtenir une interprétation explicite des organismes de recouvrement sur leur situation au regard de la législation relative aux cotisations et contributions sociales (« rescrit social ») ; cette position de l'organisme s'appliquera au seul demandeur et lui sera opposable pour l'avenir (CSS, art. L. 243-6-3).

Ceci résulte d'une ordonnance du 6 juin 2005 (n° 2005-651) qui doit être complétée par décret et sera applicable, au plus tard, le **1^{er} octobre 2005**.

CONTACTS :

Denis AGRANIER - Patricia TALIMI – Stéphane BURTHE
Avocats associés
Département Droit social