

Dumping social: la France n'a pas besoin de l'autorisation de Bruxelles pour agir

Hervé Guichaoua juriste en droit social

Le Monde en ligne 11 juillet 2017

La forte médiatisation actuelle du dumping social et du travail illégal du fait des entreprises étrangères laisse penser qu'il s'agit de pratiques déloyales récentes sur le territoire français. En réalité, ces pratiques ont commencé dès 1986, avec l'entrée de l'Espagne et du Portugal dans l'Union européenne.

La France dispose donc depuis plus de 30 ans de toute la visibilité sur ces comportements déviants des opérateurs économiques, et connaît, en principe, la nature des mesures à prendre pour faire face à cette concurrence déloyale, qui pourtant perdure.

A la suite de l'entrée de l'Espagne et du Portugal, prise de court par la décision du 27 mars 1990 de la Cour de justice de l'Union européenne dans l'affaire Rush Portuguesa, la France a réagi dans un premier temps en publiant deux circulaires, en avril 1988 et en mai 1991, précisant les obligations sociales à respecter par les entreprises étrangères sur le territoire français. Par la suite, et dès 1992, la France s'est dotée, à sa seule initiative, d'une législation nationale spécifique, qui a fait l'objet de plusieurs adaptations.

Pour autant, l'état actuel de la législation française n'est toujours pas considéré comme suffisant, ni par les entreprises françaises et leurs organisations professionnelles, ni, plus curieusement; par les pouvoirs publics eux-mêmes, qui s'en remettent à Bruxelles pour trouver les bons outils juridiques anti dumping social.

Ce sentiment, à la fois de fronde et d'impuissance à l'égard du dumping social, peut être mal compris dès lors que la France dispose de la maîtrise des flux des entreprises étrangères entrant sur son territoire avec des salariés détachés et qu'elle a la faculté d'ajuster, de sa propre initiative, comme elle l'a fait dès 1992, sa législation nationale, sans attendre d'hypothétiques contributions communautaires.

.1. Tout d'abord, il est nécessaire de rappeler une évidence peu évoquée: les entreprises étrangères et leurs salariés détachés sont présents en France parce que des donneurs d'ordre français préfèrent recourir à ces sous-traitants plutôt qu'à des sous-traitants français; il est bon de également de rappeler que de nombreuses entreprises françaises préfèrent s'adresser à des sociétés d'intérim étrangères, alors qu'il existe des milliers d'entreprises de travail temporaire en France qui proposent du personnel compétent dans tous les métiers et qualifications.

Alors, pourquoi les entreprises françaises, et leurs organisations professionnelles, se plaignent de leur présence et de leur concurrence déloyale? D'autant que les entreprises françaises s'expliquent peu sur les raisons qui les conduisent à ne pas contracter avec d'autres entreprises françaises, y compris lorsque les prestations transnationales qu'elles sous-traitent sont peu qualifiées ou d'une qualification courante ou banale en France. Est-ce par effet d'aubaine financière et pour un moindre coût?

Pour contenir ce dumping social, les entreprises françaises peuvent limiter le recours aux seules entreprises étrangères qui disposent d'un savoir faire spécifique non disponible en France. Renoncer à recourir à une entreprise étrangère par aubaine ou en limiter le recours à des raisons purement techniques ou technologiques évite *de facto* du dumping social, et permet de soutenir le marché du travail national, ainsi que le carnet de commande des entreprises françaises. Les branches professionnelles qui sont en tension gagneraient plutôt à parier sur l'avenir et à investir dans la formation professionnelle.

.2. La France doit restaurer dans sa législation le principe « A travail égal, salaire égal », au bénéfice du salarié détaché. Ce principe a été inscrit dans le code du travail entre le 11 juillet 1994 et le 2 août 2005. A cette date, le parlement, sur proposition du gouvernement, l'a discrètement supprimé dans le cadre d'une loi ayant un autre objet, pour lui substituer le seul respect du salaire minimum, jugé aujourd'hui insuffisant et déloyal. Aucune explication n'a été fournie sur cette modification substantielle des normes sociales applicables au salarié détaché.

L'insertion dans la législation française du principe « A travail égal, salaire égal » en 1994, par le respect de la rémunération versée au salarié en emploi direct, n'avait suscité de réserve de la part de la Commission européenne lors de sa mission d'évaluation de la transposition par la France de la directive communautaire du 16 décembre 1996 sur le détachement. La Commission avait considéré qu'il s'agissait d'une prérogative régaliennne de la France, qui ne constituait pas une entrave à la libre prestation de services.

La France n'a donc pas besoin de l'autorisation de Bruxelles ou des autres Etats de l'Union européenne pour rétablir sa législation antérieure au mois d'août 2005 et imposer aux entreprises étrangères qu'elles rémunèrent leurs salariés détachés comme les salariés employés par les entreprises établies en France. Pourquoi la France n'est-elle pas revenue de sa propre initiative au texte originel de 1994, accepté par la Commission européenne?

.3. La législation française doit également être modifiée pour considérer que le non respect des rémunérations conventionnelles étendues, du Smic, et, par suite, du principe d'égalité traitement salarial, constitue un délit, et non pas une simple contravention. On ne peut pas faire du respect de ces normes sociales un enjeu déterminant et central de la lutte contre le dumping social, et en sanctionner très modérément le non respect. Cette requalification faciliterait, par voie de conséquence, la mise en cause pénale du donneur d'ordre français.

La France dispose dans ce domaine de toute liberté juridique pour créer un mécanisme visant à impliquer le donneur d'ordre français qui recourt à une entreprise étrangère qui ne respecte pas le principe d'égalité de traitement salarial. Un tel dispositif existe déjà dans le code du travail à l'égard du donneur d'ordre en ce qui concerne les entreprises étrangères pour lutter contre le travail dissimulé et l'emploi d'un salarié étranger sans titre de travail.

Trois lois successives récemment votées en 2014 (loi Savary), 2015 (loi Macron) et 2016 (loi El Khomri) en relation avec la lutte contre le dumping social auraient pu contenir ces mesures. Pourquoi ne pas avoir saisi ces occasions pour introduire de telles dispositions dans le code du travail?

.4. La France ne valorise pas suffisamment ses décisions de justice qui, depuis 1996, apportent une contribution déterminante à la politique de lutte contre ces fraudes sociales du fait des entreprises étrangères et de leurs donneurs d'ordre français. Aucune administration n'effectue ce travail interministériel d'explication, de diffusion, de mutualisation auprès des agents de contrôle, des organismes de recouvrement et des magistrats eux-mêmes. L'essentiel de cette jurisprudence est ignorée, et donc très peu utilisée et valorisée, par les acteurs de la lutte contre le dumping social et le travail illégal.

Or la plus value de cette jurisprudence est considérable, parce qu'elle apporte des réponses fructueuses au traitement des fraudes les plus graves et les plus pénalisantes, telles que la fausse sous-traitance, pour les droits des salariés détachés et le système de protection sociale français. Pourquoi ces décisions de justice françaises essentielles sont-elles laissées en déshérence interministérielle depuis tant d'années?

.5. Les directives communautaires sur le détachement ne présentent aucun intérêt juridique pour la France en matière de lutte contre le dumping social et le travail illégal. Parce que ces directives minimalistes sont en deçà des outils juridiques dont disposait déjà la France, grâce à sa législation et à sa jurisprudence. La France a été précurseur et inspirateur de ces normes communautaires. A titre d'exemple, on citera la déclaration de détachement, instaurée de façon facultative par la directive de 2014, mais rendue obligatoire en France dès le mois de juillet 1994.

Au contraire, certains textes communautaires, tels les règlements de coordination de sécurité sociale, empêchent la France de recouvrer à son initiative les cotisations sociales éludées qui sont dues par les entreprises étrangères, en présence d'activités économiques ou de détachements frauduleux ; il est impératif que la France obtienne, à l'occasion de la révision en cours de ces règlements, la levée de cette interdiction de mise en recouvrement, pour ne plus dépendre de l'accord préalable d'un autre Etat qui perçoit indument ces cotisations.

La concurrence déloyale et le travail illégal générés par la libre prestation de services ou ses abus ne sont pas une fatalité. Des solutions nationales existent, sans remettre en cause cette liberté fondamentale de l'Union européenne. Ces solutions nationales sont d'autant plus

pertinentes à adopter que les antagonismes entre les Etats de l'Union européenne sur les perspectives de révision des textes communautaires en relation avec le détachement et la mobilité des salariés font craindre des évolutions normatives indigentes, insusceptibles d'atteindre le résultat escompté par tous ceux qui sont victimes du dumping social.

Le 9 juillet 2017