

La loi du 10 juillet 2014 destinée à lutter contre le dumping social : une loi timide et une occasion manquée

par Hervé GUICHAOUA, Directeur du travail

PLAN

- I. La définition et les manifestations du dumping social
- II. L'inventaire des dispositions de la loi du 10 juillet 2014
 - A. Les dispositions de la loi visant de façon spécifique les entreprises étrangères
 - B. Les dispositions de la loi visant toutes les entreprises
- III. Les dispositions absentes de la loi
 - A. Le dumping social et le travail illégal
 - B. Des mesures à impact économique et financier direct oubliées

La loi du 10 juillet 2014 (1) destinée à lutter contre le dumping social, essentiellement du fait de l'intervention des entreprises étrangères sur le territoire français (2), ne contient pas les mesures à caractère économique et financier nécessaires et attendues. Pourquoi ce décalage et cette timidité législative, alors qu'il semblait qu'une prise de conscience presque unanime (3), relayée depuis plusieurs mois par les médias, allait produire un texte plus énergique et approprié ? Les causes et les effets bien connus de cette concurrence sociale déloyale viennent pourtant d'être soulignés par la Cour des comptes en matière de Sécurité sociale (4).

Dès lors, en effet, qu'on s'entend sur la définition et les manifestations du dumping social du fait des entreprises étrangères (I), les évolutions législatives résultant de la loi du 10 juillet 2014, même si certaines constituent un progrès, ne suffisent pas ou ne sont pas pertinentes (II). D'autres mesures ciblées, absentes de la loi, étaient pourtant incontournables afin d'obtenir davantage d'efficacité contre ces pratiques (III).

I. La définition et les manifestations du dumping social

Bien que l'intitulé de la loi ait été modifié au cours des débats parlementaires pour en retirer cette expression, le dumping social se confond avec la concurrence sociale déloyale, qui est devenue la nouvelle appellation de l'objet de la loi du 10 juillet 2014.

Le dumping social se caractérise par un ensemble de pratiques commerciales qui visent à permettre à des entreprises d'être moins disantes que leurs concurrentes, soit en ne respectant pas la législation sociale en vigueur, soit en optimisant, par un effet d'aubaine délibérément recherché, les facilités offertes par la loi, qui résultent des textes, ou de la contrariété des textes ou du silence des textes (par l'effet d'*a contrario*).

Il existe donc un dumping social illégal, car violant la loi, et un dumping social légal, qui tire intelligemment avantage de l'état du droit existant, sans l'enfreindre.

A. S'agissant des entreprises étrangères, le dumping social légal, non répréhensible sur le plan du droit, est, notamment, celui qui résulte de la simple application des textes communautaires et des conventions bilatérales en matière de Sécurité sociale (5). L'effet de ces textes est dévastateur en matière de dumping social, car il peut générer, à lui seul, des différentiels de 20 à 30 % sur le coût de la main-d'œuvre détachée en France par une entreprise étrangère (6).

Ces textes permettent, en effet, à l'entreprise étrangère qui en bénéficie de ne pas payer de cotisations sociales en France en raison du détachement de ses salariés, dès lors qu'elle justifie, via la production d'un document de maintien, appelé certificat de détachement, qu'elle paie ses cotisations pour ces salariés dans le pays où elle est établie (7).

(1) Loi n° 2014-790 du 10 juillet visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale (JO du 11 juillet 2014).

(2) Le rapport parlementaire de présentation de la proposition de loi à l'origine du texte du 10 juillet 2014 ne vise que les pratiques des entreprises étrangères.

(3) En atteste, notamment, la vigueur salubre de ce rapport parlementaire.

(4) Rapport annuel 2013 sur les comptes de la Sécurité sociale du 17 septembre 2014.

(5) Règlements n° 883/2004 du 29 avril 2004 et n° 987/2009 du 16 septembre 2009, ainsi que les 37 conventions bilatérales de Sécurité sociale.

(6) Voir sur le site du Cleiss, les taux de cotisations sociales des pays étrangers.

(7) Le certificat de détachement est délivré par l'institution de Sécurité sociale du pays d'origine.

Les textes communautaires ont d'ailleurs un impact économique plus large que les conventions bilatérales de Sécurité sociale en matière de dispense de paiement de cotisations sociales, car ils visent également les cotisations dues à l'assurance-chômage ; ils s'appliquent, de surcroît, aux prestataires indépendants établis dans l'Union européenne, qui ne cotisent donc pas au régime des travailleurs indépendants (RSI) en France.

Les entreprises étrangères et les donneurs d'ordre en France ont compris, depuis fort longtemps, l'avantage économique substantiel attaché à la délivrance et à la possession d'un certificat de détachement, dont la finalité originelle (assurer l'unicité et la continuité de la protection sociale individuelle du travailleur mobile) (8) a été totalement détournée à des fins « d'optimisation » (9). Ainsi, à qualité égale de prestation, le donneur d'ordre français a un intérêt financier très attractif à contracter avec une entreprise étrangère, qui supporte moins de charges sociales, au détriment d'une entreprise française.

Certes, en cas de fraude, le juge national français peut déclarer les certificats de détachement non opposables aux organismes de recouvrement, ce qui conduit à verser les sommes dues et éludées à ces organismes (10), mais ces décisions ne concernent qu'une partie infime de ces documents, des flux de détachement et des cotisations.

Bien que très prégnantes dans les relations commerciales, les conséquences de ce dumping social légal ne pouvaient pas être traitées par le législateur du 10 juillet 2014, à qui s'imposent les textes communautaires et internationaux.

B. À défaut de définition juridique, le dumping social illégal peut couvrir un champ très large, dès

lors que toute violation de la législation sociale, si minime soit-elle, en est considérée comme une cause. Cette approche est sans doute excessive, sauf à faire du dumping social un fourre-tout. Seules doivent être prises en compte les fraudes sociales à impact financier ou économique direct et conséquent.

À ce titre, le travail illégal, dans ses différentes formes, constitue sans doute la composante essentielle du dumping social et de la concurrence déloyale, d'autant que le travail illégal couvre un champ vaste et hétérogène de pratiques qui s'affranchissent de la législation sociale. Cette manifestation du dumping social est déjà prise en charge et sanctionnée de façon globalement satisfaisante par la loi et la jurisprudence, y compris à l'égard des entreprises étrangères (11).

Cependant, le dumping social ne se réduit pas au travail illégal, dans la mesure où existent des comportements frauduleux d'entreprise en matière sociale qui ne relèvent pas, formellement, d'une des incriminations du travail illégal, et qui ont également pour effet de rendre l'entreprise sensiblement moins disante à l'égard de ses concurrentes. On peut citer, en particulier, le non-respect de la législation en matière de durée du travail, le versement d'une rémunération inférieure aux normes conventionnelles ou au SMIC, le non-paiement des heures supplémentaires, le non-versement des cotisations sociales aux organismes de protection sociale et le non-versement des cotisations aux caisses de congés payés.

L'intérêt d'une loi destinée, de façon spécifique, à lutter contre le dumping social était précisément d'étoffer et de compléter le dispositif juridique existant pour traiter ces autres fraudes sociales pénalisantes, non couvertes par la législation relative au travail illégal, ce qui n'a pas été le cas.

II. L'inventaire des dispositions de la loi du 10 juillet 2014

Une lecture attentive de la loi est nécessaire car sa finalité, et donc son contenu, ont fortement évolué au cours des débats parlementaires. Alors que la proposition de la loi, annoncée depuis des mois, était destinée, à l'origine, à lutter exclusivement contre le dumping social du fait des entreprises étrangères (12),

le texte définitivement adopté concerne tout autant les entreprises françaises. Le champ d'application de chaque disposition de la loi est donc à examiner avec une grande attention pour connaître sa réelle portée.

Par ailleurs, cette évolution sensible du texte a conduit à codifier indûment, dans la partie du Code

(8) Tel est l'objet des textes internationaux de Sécurité sociale, et notamment du règlement originel n° 1408 /71 du 14 juin 1971.

(9) Ainsi, des entreprises n'hésitent pas à créer des filiales dans des pays « couverts » par des certificats de détachement pour y rattacher fictivement des salariés ensuite détachés en France.

(10) Cass. Civ. 2^{ème} n° 05-21596 du 5 avril 2007, *Société Serrurerie Objatoise*.

(11) La première décision de la Chambre criminelle de la Cour de cassation relative à du dumping social sous la forme d'une fausse sous-traitance impliquant une entreprise étrangère date du 16 janvier 1996 (n° 95-80772, *STIM*).

(12) Y compris par la transposition de la directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE sur le détachement de salariés.

du travail consacrée à la lutte contre le travail illégal, des dispositions qui lui sont étrangères, et à confier à des agents de contrôle des pouvoirs non négligeables, qui ne relèvent pas de leur compétence ou de leur mission.

A. Les dispositions de la loi visant de façon spécifique les entreprises étrangères

Paradoxalement, ces dispositions ne sont pas les plus nombreuses (13) dans la loi et n'ont pas d'effet direct sur la concurrence sociale déloyale ; leur intérêt est indiscutable, mais à un autre titre.

1. La mise en cause du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage au titre des obligations déclaratives de l'entreprise étrangère (article 1^{er} de la loi)

Depuis 1994 (14), l'entreprise étrangère doit déclarer son intervention à l'inspection du travail et désigner un représentant. Pour rendre ces obligations plus efficaces et renforcer la transparence de la présence des entreprises étrangères, la loi oblige désormais le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage (15) à vérifier que l'entreprise étrangère a procédé à ces deux déclarations. Elle crée une sanction administrative, qui remplace la contravention de 4^{ème} classe, d'un montant maximum de 10 000 euros, à l'encontre du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage qui recourt à une entreprise étrangère défaillante de l'une ou l'autre de ces obligations déclaratives. Cette dernière est passible de la même sanction administrative. Cette évolution des textes était nécessaire (16), mais elle n'aura pas son plein effet de transparence tant qu'il n'existera pas une base nationale des déclarations de détachement (17).

2. L'obligation d'annexer les déclarations de détachement des salariés au registre unique du personnel de l'entreprise française qui les accueille (article 2 de la loi)

Le souci louable de traçabilité des salariés détachés est obéré par une rédaction malhabile de la loi, qu'il sera difficile de rectifier par le décret d'application rendu nécessaire, notamment, pour compléter l'article de pénalité (18).

L'entreprise française qui fait appel à une entreprise étrangère n'accueille pas (au sens littéral de ce terme) les salariés détachés, sauf dans les cas précis du travail temporaire et de la mobilité intragroupe. L'entreprise française passe un contrat commercial avec une entreprise étrangère qui réalise une prestation avec son personnel, dans les murs ou hors les murs du client, à l'identique d'un sous-traitant français, mais sans recevoir ces salariés dans ses locaux (19), contrairement à des stagiaires.

Formellement, l'entreprise française ne serait donc tenue d'annexer au registre unique du personnel que les seules déclarations de détachement des salariés détachés intérimaires ou en mobilité intragroupe, ce qui n'était pas, à l'évidence, l'intention du législateur (20). Par ailleurs, le registre unique n'est pas obligatoire au niveau de l'entreprise, mais de l'établissement ; ce n'est donc pas la bonne entité qui a été mentionnée dans la loi. De surcroît, la loi n'oblige pas l'entreprise étrangère à remettre une copie de ses déclarations de détachement à l'entreprise française avec laquelle elle a contracté. Enfin, la vraie traçabilité et la vraie transparence des situations de détachement résulteront de la création d'une base nationale, qui est attendue depuis 2009.

3. Le droit pour les organisations syndicales représentatives de saisir de leur propre initiative le Conseil de prud'hommes (article 9 alinéas 1 à 9 de la loi)

Cette disposition s'inspire de celle qui existe dans le Code du travail depuis 1981 en faveur des salariés étrangers employés sans titre de travail (21).

Elle permet aux organisations syndicales représentatives de saisir de leur propre initiative le Conseil de prud'hommes pour faire valoir les droits du salarié détaché, dès lors que celui-ci, qui en est informé, ne s'y oppose pas. Les règles de compétence *rationae loci* du Conseil de prud'hommes pour les salariés détachés sont précisées à l'article R. 1412-5 du Code du travail.

Cette disposition présente un réel intérêt, dès lors que le salarié détaché a cessé de travailler en France et a regagné son pays de résidence, sans perspective de revenir en France.

(13) Seuls trois articles sur seize visent de façon spécifique les entreprises étrangères.

(14) Décret n°94-573 du 11 juillet 1994 (JO du 12 juillet 1994).

(15) Accessoirement, on notera que la loi confond donneur d'ordre et maître d'ouvrage, ce dernier n'ayant pas de relation avec l'entreprise étrangère.

(16) H. Guichaoua, « Quarante ans de lutte contre le travail illégal », Dr. Soc. 2014, p.51.

(17) À l'identique de la base nationale des DPAE. La création de la base nationale des déclarations de détachement est prévue depuis 2009 (arrêté interministériel du 3 mars 2009, JO du 28 avril 2009).

(18) Article R. 1227-7 du Code du travail.

(19) Dans le BTP, les salariés du sous-traitant, détachés ou non, qui travaillent sur un chantier ne sont pas accueillis au siège social du donneur d'ordre de leur employeur.

(20) Cf. les débats parlementaires.

(21) Article L. 8242-1 du Code du travail (article 6 de la loi n°81-941 du 17 octobre 1981).

Mais on peut émettre deux regrets. Le secret professionnel n'a pas été levé entre le salarié détaché et les organisations syndicales, d'une part, et les agents de contrôle, d'autre part, pour obtenir de la part de ces derniers les informations nécessaires à la mise en cause du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage, ce qui va obérer sensiblement leur chance d'obtenir leur condamnation devant le Conseil de prud'hommes. Par ailleurs, le droit d'ester d'initiative en justice n'a pas été étendu à la saisine du Tribunal des affaires de Sécurité sociale pour le contentieux des accidents du travail et des maladies professionnelles dont peuvent être victimes les salariés détachés.

Il n'existe pas, dans la loi du 10 juillet 2014, d'autres dispositions spécifiques destinées à lutter contre le dumping social du fait des entreprises étrangères. Difficile de croire que ces trois dispositions, dont deux sont purement administratives, sont dissuasives pour faire face à la concurrence sociale déloyale qu'elles génèrent.

B. Les dispositions de la loi visant toutes les entreprises

Les autres dispositions de la loi du 10 juillet 2014 s'appliquent indifféremment aux entreprises françaises et aux entreprises étrangères.

1. Le non-paiement total ou partiel du salaire légal ou conventionnel minimum (article 5 de la loi)

Cette disposition était très attendue, car le non-respect des normes françaises en matière de salaire ou le non-paiement des heures supplémentaires par un sous-traitant sont une source directe de concurrence déloyale. La loi du 10 juillet 2014 organise une solidarité financière du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage pour le paiement des rémunérations et des cotisations sociales afférentes, dès lors qu'une entreprise ne paie pas ces salaires minima ou ne règle pas les heures supplémentaires.

Mais, contrairement à ce qui est prévu en matière de lutte contre le travail dissimulé (22), la loi du 10 juillet 2014 ne fait pas peser une obligation de résultat, mais une simple obligation de moyen, sur le donneur d'ordre ou sur le maître d'ouvrage. Celui-ci n'a, en effet, aucune obligation d'obtenir la régularisation par le sous-traitant du paiement de la rémunération ou des cotisations sociales ni, à défaut, de rompre le contrat commercial.

À la suite d'un signalement d'un agent de contrôle habilité en matière de travail illégal, l'obligation du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage se limite à adresser un courrier de rappel du respect de la loi au sous-traitant défaillant. Par l'envoi de ce simple courrier, le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage s'exonère de toute responsabilité et ne peut pas être mis cause au titre de cette nouvelle solidarité financière ; il peut même continuer à travailler avec ce sous-traitant, en infraction avec la loi, et profiter d'une situation de dumping social purgée de vice à son égard.

Le salarié victime, fut-il un salarié détaché, ainsi que les organismes de recouvrement n'ont, dès lors, aucun recours contre ce donneur d'ordre ou ce maître d'ouvrage pour obtenir des rappels de salaire ou le paiement des cotisations sociales. Est-ce une mesure appropriée et efficace pour lutter contre le dumping social ?

Pour faire application de ce mécanisme, la loi a confié à des agents de contrôle (douaniers, fonctionnaires des services fiscaux, contrôleurs des transports terrestres, agents de Pôle Emploi) la mission de veiller au respect des dispositions du Code du travail ou des textes conventionnels relatives aux salaires, ce qui ne relève pas, bien entendu, de leur compétence (23). On peut donc s'interroger sur la solidité juridique d'une des mesures emblématiques de la loi du 10 juillet 2014, qui pourra être éprouvée lors d'une question prioritaire de constitutionnalité (QPC). La procédure de l'article 5, sous réserve de sa réécriture, aurait dû être réservée aux seuls agents de l'inspection du travail, sans crainte juridique de nuire à son efficacité.

2. L'obligation générale de vigilance du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage sur le noyau dur de la législation du travail (article 4, alinéas 10 et suivants de la loi)

Deuxième disposition emblématique de la loi du 10 juillet 2014, elle souffre des mêmes faiblesses que celles de l'article 5. Informé par écrit par un agent de contrôle habilité en matière de travail illégal (24), le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage est tenu par une simple obligation de moyen à l'égard du respect par un sous-traitant de neuf matières (25) relevant du noyau dur de la législation du travail, ce qui atténue sensiblement la portée de ce texte.

(22) Cf. l'article L. 8222-5 du Code du travail.

(23) Au niveau des principes et du fonctionnement de l'État, ce transfert, discret mais massif, de compétences vers des agents qui ne relèvent pas de l'inspection du travail de veiller à la bonne application du noyau dur de la législation du travail n'est pas anodin et interpelle.

(24) V. obs. en note précédente.

(25) Parmi ces neuf matières se retrouve le respect des minima de salaire légal ou conventionnel déjà traité à l'article 5 de la loi. Comment ces deux textes vont-ils s'articuler ?

Par ailleurs, plusieurs de ces matières, même si leur caractère d'ordre public est indiscutable, n'ont pas de lien direct avec le dumping social et la concurrence sociale déloyale : la lutte contre les discriminations, l'égalité professionnelle hommes/femmes, les congés pour événement familiaux, la protection de la maternité, l'exercice du droit grève. La logique de l'inclusion de ces neuf matières dans le périmètre de cette obligation générale de vigilance n'est pas évidente.

3. L'obligation de vigilance du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage pour assurer un hébergement décent (article 4, alinéas 1 à 9 de la loi)

Il s'agit de la seule disposition de la loi qui fait peser sur le donneur d'ordre ou le maître d'ouvrage une réelle obligation de résultat. Celui-ci doit prendre en charge l'hébergement des salariés du sous-traitant qui sont logés dans des conditions incompatibles avec la dignité humaine, dès lors qu'il est informé par un des agents habilités en matière de lutte contre le travail illégal de l'existence de cette situation qui n'est pas régularisée par le logeur.

Le logement est considéré comme indigne au sens de l'article 225-14 du Code pénal qui a créé cette infraction. Cette disposition trouvera à s'appliquer très utilement dans plusieurs secteurs d'activité, tels que l'agriculture, l'hôtellerie, la restauration, le bâtiment et les travaux publics, ainsi que la confection.

Mais cette disposition est également frappée de la même fragilité juridique sérieuse que celle visant la seconde partie de l'article 4 de la loi, ainsi que son article 5. Elle donne mission à des agents (douaniers, agents des services fiscaux, de l'Urssaf, de la MSA, de Pôle Emploi) d'intervenir auprès du donneur d'ordre ou du maître d'ouvrage pour obtenir le respect de l'article 225-14 du Code pénal, alors que le contrôle du respect de cette disposition et du logement indigne des salariés n'entre pas dans le champ de leur compétence. Cette prérogative aurait dû être réservée aux seuls agents habilités (inspection du travail, gendarmerie et police).

4. Le droit pour les organisations syndicales représentatives de saisir de leur propre initiative le Conseil de prud'hommes (article 9, alinéas 12 à 16 de la loi)

Cette disposition est la reprise littérale de celle visant les salariés détachés. Elle s'applique aux salariés victimes du travail illégal, dont les salariés détachés peuvent, d'ailleurs, faire partie. Elle suscite les mêmes commentaires que *supra* (II A 3).

Un souci de meilleure lisibilité de la loi aurait dû conduire à supprimer cette redondance rédactionnelle pour insérer une disposition unique et transversale dans le Code du travail relative aux salariés victimes du travail illégal et aux salariés détachés.

5. L'ajout de deux peines complémentaires à la disposition du juge pénal (articles 8 et 12 de la loi)

La loi du 10 juillet 2014 ajoute deux peines complémentaires à la discrétion du juge pénal lorsqu'il prononce une condamnation pour des faits de travail illégal.

Le juge pourra décider que son jugement de condamnation soit publié sur un site Internet tenu par le ministère du Travail. Il s'agit de la fameuse liste noire publique d'entreprises. L'effet utile de cette disposition est bien en deçà de celui annoncé avant les débats parlementaires et reste très symbolique. La publication sur le site Internet interviendra, compte tenu du temps judiciaire, très longtemps après le constat des pratiques frauduleuses et de l'infraction commise par l'entreprise défaillante (26). Elle n'interdit pas à un donneur d'ordre de contracter avec une entreprise inscrite sur cette liste noire. La loi aurait dû confier à l'autorité administrative le soin de tenir cette liste noire, assortie d'une interdiction de contracter, en s'inspirant des modalités d'établissement de la liste noire des compagnies aériennes interdites de vol dans l'Union européenne.

Le juge pourra également décider que l'entreprise condamnée soit privée pendant cinq ans de toutes aides publiques ou de toutes aides versées par une personne privée chargée d'une mission de service public. Cette disposition devrait, en principe, empêcher des compagnies aériennes à bas coût, peu respectueuses de la loi française, de recevoir des aides publiques des collectivités territoriales ou des gestionnaires d'aéroport.

6. L'action des organisations professionnelles ou syndicales et des associations en matière pénale (article 11 de la loi)

La loi mentionne que les organisations professionnelles ou syndicales, ainsi que les associations régulièrement déclarées depuis deux ans, peuvent exercer les droits reconnus à la partie civile en ce qui concerne les infractions relevant du champ du travail illégal, même si l'action publique n'a pas été mise en mouvement par le ministère public.

(26) Plusieurs années plus tard, pour les affaires portées en appel ou en cassation, ou pour les affaires en information judiciaire.

La portée et la plus-value de cette disposition restent à préciser, dès lors que la jurisprudence reconnaît le droit, pour ces personnes morales, de déposer plainte, de se constituer partie civile et d'obtenir des dommages-intérêts pour le préjudice direct résultant d'une infraction relevant du champ du travail illégal (27).

Dans la mesure où l'objectif premier de la loi était de lutter contre le dumping social du fait des entreprises étrangères, il aurait été très judicieux de donner un champ plus large à cette disposition et de l'étendre à tous les manquements des entreprises relatifs aux dispositions sociales dont sont victimes les salariés détachés : non-respect des minima de salaires, non-paiement des heures supplémentaires, non-adhésion à la caisse de congés payés et non-versement des cotisations sociales en France.

III. Les dispositions absentes de la loi

La majeure partie de la lutte contre le dumping social est assurée efficacement par le dispositif juridique de lutte contre le travail illégal. Il suffisait, dès lors, d'identifier et de traiter dans la loi du 10 juillet 2014 les autres comportements frauduleux à impact économique et financier direct des entreprises échappant à la sphère du travail illégal, mais pour autant générateurs de concurrence sociale déloyale, notamment du fait des entreprises étrangères sur le territoire français.

A. Le dumping social et le travail illégal

La loi et la jurisprudence en matière de lutte contre le travail illégal permettent déjà de mobiliser de nombreux outils de nature pénale, civile, financière et administrative en lien direct avec le dumping social. Ce dispositif juridique, qui a fait toutes ses preuves, va d'ailleurs bien au-delà du contenu de la directive du 15 mai 2014.

La mise en cause pénale et financière du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage, y compris lorsqu'ils recourent à des entreprises étrangères, est possible depuis plus de vingt ans, puisqu'elle a été introduite dans le droit français par la loi du 31 décembre

7. Le secteur du transport routier de marchandises (articles 15 et 16 de la loi)

Des mesures sectorielles, spécifiques au transport routier de marchandises, ont été introduites dans la loi pour contenir le dumping social très présent dans ce secteur d'activité.

Sans mettre en cause la responsabilité du donneur d'ordre, la loi interdit aux entreprises de transport de faire prendre le repos hebdomadaire normal du conducteur dans la cabine du camion ; elle interdit le paiement à la tâche, au kilométrage parcouru ou au rendement lorsque ce mode de rémunération compromet la sécurité routière ou incite à violer la législation ; enfin, elle étend l'encadrement des opérations de cabotage aux véhicules légers d'un poids inférieur à 3,5 T.

1991 (28). Cette mise en cause a été étendue par la loi du 11 mars 1997 (29).

Il était donc inexact de déclarer, lors des discussions de ce texte à Bruxelles, que la directive du 15 mai 2014 allait être l'occasion, pour la France, de responsabiliser et d'impliquer ces deux opérateurs économiques.

Dès 1993 (30), la France a été, en précurseur, le premier État de l'Union européenne à se doter d'une législation anti-dumping social du fait des entreprises étrangères, fondée sur deux grands principes : respect de l'ordre public social et transparence de l'intervention (31). L'essentiel de cette législation a été reprise par l'Union européenne dans sa directive « Détachement » du 16 décembre 1996 (32).

Les pouvoirs et prérogatives des agents de contrôle ont été considérablement étendus et sont largement utilisés dans le cadre des fraudes commises par les entreprises étrangères.

Cette construction législative a été confortée, au fil du temps, par la jurisprudence abondante et décisive de la Cour de cassation (33), dont de nombreuses décisions portent sur des fraudes commises par les

(27) Cass. Crim. n°94-82032 du 27 février 1996 : constitution de partie civile d'une entreprise concurrente ; Cass. Crim. n°10-86829 du 6 décembre 2011 : constitution de partie civile d'une organisation syndicale.

(28) Loi n°91-1383 du 31 décembre 1991 renforçant la lutte contre le travail clandestin et la lutte contre l'organisation de l'entrée et du séjour irréguliers d'étrangers en France.

(29) Loi n°97-210 du 11 mars 1997 relative au renforcement de la lutte contre le travail illégal.

(30) Loi quinquennale n°93-1313 du 20 décembre 1993 relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle.

(31) Création de la déclaration de détachement, reprise à son compte, vingt ans plus tard, par l'Union européenne (article 9.1 a) de la directive d'exécution du 15 mai 2014).

(32) Directive 96/71/ CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

(33) Les trois chambres concernées (2^{ème} Civile, Criminelle et Sociale) ont apporté leur utile contribution, v. nos obs « La fraude à la prestation de services et au détachement de salariés sur le territoire français : panorama de la jurisprudence française », Dr. ouvrier 2012 p.543.

entreprises étrangères et leurs donneurs d'ordre (34). L'apport de la Cour de cassation a été sensible, notamment dans les affaires de fausse sous-traitance, en désignant l'utilisateur des salariés comme leur employeur (35), dans les affaires de faux travail indépendant (36), dans les affaires de fraude à l'établissement et au détachement de salariés en France (37) et dans les affaires de fraude au paiement des cotisations sociales. Elle a validé la constitution de partie civile des organismes de recouvrement à l'audience pénale, leur permettant d'obtenir la réparation du préjudice financier résultant du non-paiement des cotisations sociales, y compris à l'encontre des entreprises étrangères (38).

Une partie de ce bel édifice juridique a failli être remis en cause lors des discussions à Bruxelles sur la directive du 15 mai 2014, qui tendaient, de fait, à réduire les pouvoirs des agents de contrôle et à limiter l'appréciation du juge national sur la fraude à l'établissement et sur la fraude au détachement des salariés. La directive du 15 mai 2014 n'apporte, d'ailleurs, aucune plus-value juridique ou opérationnelle à la France, sauf en matière de coopération administrative entre les États de l'Union européenne (39).

Dans cet environnement juridique français, ancien et favorable à la lutte contre le dumping social (39 bis), jamais condamné par la Commission européenne ou par la Cour de justice de l'Union européenne, quelques nouvelles mesures ciblées auraient permis à la loi du 10 juillet 2014 de mieux atteindre son objectif de lutte contre la concurrence sociale déloyale.

B. Des mesures à impact économique et financier direct oubliées

Depuis la loi du 31 décembre 1991, il est acquis que la lutte efficace contre le dumping social passe nécessairement par la mise en cause financière des opérateurs économiques qui recourent à des entreprises qui s'affranchissent de la législation sociale, soit en ne payant pas les salaires dus, soit en ne versant pas les cotisations.

Cette mise en cause doit être nécessairement associée à une obligation de résultat pesant sur le donneur d'ordre et le maître d'ouvrage informés de cette situation : soit ils obtiennent de leur sous-

traitant le paiement des salaires dus à ses salariés et le paiement des cotisations sociales éludées, soit ils sont alors tenus de payer ces sommes au lieu et place de leur sous-traitant.

Compte tenu du périmètre du travail illégal, cette nouvelle solidarité financière avec obligation de résultat, telle qu'elle existe déjà dans le Code du travail, et non pas une simple obligation de moyen, aurait dû être étendue par la loi du 10 juillet 2014 aux sommes suivantes :

- les rémunérations inférieures aux conventions collectives étendues et, à défaut, au SMIC ;
- les rémunérations correspondant aux heures de travail et indemnités non payées ;
- les cotisations sociales dues aux organismes de protection sociale ;
- les cotisations dues aux caisses de congés payés et d'intempéries.

Ces manquements à la loi française sont pratique courante du fait des entreprises étrangères depuis 1987, c'est-à-dire depuis l'entrée de l'Espagne et du Portugal dans l'Union européenne.

Contrairement à ce qui est souvent affirmé, ou pensé, les entreprises étrangères, fussent-elles communautaires, ne sont pas toutes dispensées de payer des cotisations sociales en France. Le non-paiement des cotisations sociales reste une exception au principe de l'affiliation obligatoire en France, ce qui est admis lorsqu'est produit, pour chaque salarié détaché, un document de maintien, appelé certificat de détachement, au régime de Sécurité sociale du pays d'origine. *A contrario*, toutes les autres entreprises (et elles sont très nombreuses) doivent payer des cotisations sociales en France.

Depuis 1987, lorsque ces cotisations ne sont pas payées en France, elles sont perdues pour la Sécurité sociale française. Le recouvrement à l'étranger n'existe pas. Et elles le resteront puisque la loi du 10 juillet 2014 ne contient aucune disposition permettant de les réclamer au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage lorsque l'infraction de travail dissimulé n'est pas caractérisée (40). Des sommes considérables sont ainsi éludées. Pourquoi cet « oubli » de la loi à l'égard d'une mesure essentielle contre la concurrence sociale déloyale ?

(34) La première décision de la Cour de cassation relative à une entreprise étrangère date du 16 janvier 1996 (voir note 11).

(35) Cass. Soc. n° 01-43554 du 9 décembre 2003 *CEA* ; Cass. Crim. n° 05-80833 du 31 janvier 2006, *Société ABC*.

(36) Cass. Crim. n° 09-85044 du 2 février 2010, *Bak*.

(37) Cass. Crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014, *Easyjet* et Cass. Crim. n° 12-81461 du 11 mars 2014, *Vueling*, Dr. ouvrier 2014 p. 385 et nos obs.

(38) Cass. Crim. n° 97-85392 du 26 mai 1998, *Patricia Y.* ; Cass. Crim. n° 03-87679 du 14 septembre 2004, *Caisse MSA du Cantal* ; Cass.

Crim. n° 11-88420 du 11 mars 2014, *Easyjet* et Cass. Crim. n° 12-81461 du 11 mars 2014, *Vueling*, *prec.*

(39) Mais à condition que les autres États fassent une application loyale des dispositions de la directive relatives à la coopération administrative, ce qui reste à démontrer.

(39 bis) H. Guichaoua « La mise en cause du donneur d'ordre et du maître d'ouvrage au service de la lutte contre le travail illégal » Dr. ouvrier 2012 p. 763.

(40) D'où la nécessité de bien faire la différence avec les éléments constitutifs du travail dissimulé.

Un constat encore plus sévère vaut pour le non-paiement des cotisations aux caisses de congés payés du bâtiment, des travaux publics et des spectacles, puisqu'il n'existe, de fait, quasiment aucune exception à l'obligation de payer ces cotisations en France (41). Là aussi, des sommes considérables sont en jeu (42). Pourquoi cet « oubli » de la loi à l'égard d'une autre mesure essentielle contre la concurrence sociale déloyale, qui aurait permis de réclamer ces cotisations au donneur d'ordre ou au maître d'ouvrage ?

Enfin, la loi du 10 juillet 2014, qui s'est donnée, au cours du débat parlementaire, la vocation de lutter également contre le dumping social franco-français, aurait dû traiter la concurrence sociale déloyale générée par l'exploitation des salariés étrangers démunis de travail à qui sont versées des rémunérations misérables, bien inférieures aux conventions collectives ou, à défaut, au SMIC. Le mécanisme de garantie mis en place par la loi du 16 juin 2011 (43) a bénéficié, en 2012, à un seul salarié étranger sans titre de travail et, en 2013, à aucun, sur une population

estimée de 250 000 à 400 000 salariés, ce qui démontre son indigence. De surcroît, ce mécanisme indigne épargne les donneurs d'ordre et les maîtres d'ouvrage. Tant que les modalités de mise en œuvre de cette garantie ne seront pas modifiées, le dumping social va perdurer dans les secteurs de l'économie française qui emploient ces salariés les plus précaires à bas coût (44).

Le décalage est réellement frappant entre le contenu de la loi du 10 juillet 2014 et les annonces, déclarations ou rapports officiels qui, depuis près de deux ans, stigmatisaient, parfois avec rudesse, les pratiques de dumping social et de concurrence sociale déloyale, en particulier du fait des entreprises étrangères. Est-ce la crainte de la censure de Bruxelles qui a plané sur les débats parlementaires (45) ? Dommage que cette loi, censée protéger davantage l'ordre public social français et assurer une meilleure concurrence entre les entreprises, ait fait preuve d'une telle pusillanimité.

Hervé Guichaoua

(41) Seules les entreprises de trois pays du secteur du BTP (Allemagne, Autriche et Italie) sont dispensées, mais sous condition, de payer des cotisations en France. Aucune exception de fait n'existe pour les producteurs de spectacles établis à l'étranger.

(42) Dans le BTP, le montant de la cotisation congés payés et intempéries est de 21,42 % de la masse salariale.

(43) Loi n°2011-672 du 16 juin 2011 relative à l'immigration, à l'intégration et à la nationalité. Article L.8252-4 du Code du

travail. H. Guichaoua, « Emploi illégal des salariés étrangers : ambiguïtés et insuffisances de la loi du 16 juin 2011 » Dr. ouvrier 2012 p. 340.

(44) Agriculture, BTP, confection, gardiennage, nettoyage, etc.

(45) À ce jour, pourtant, aucune mesure anti-dumping social prise par la France depuis l'affaire *Rush Portuguesa* en 1987 n'a été condamnée par la Commission européenne ou par la Cour de justice de l'Union européenne.

LA QUESTION PRIORITAIRE DE CONSTITUTIONNALITÉ

par Julien Bonnet, Pierre-Yves Gahdoun



PUF collection « Que sais-je ? »
Numéro 3906 – 128 pages
ISBN 978-2-13-063063-0 – 9 euros

La loi protège les libertés, garantit un espace de sécurité. Mais qu'arrive-t-il lorsque la loi est tyrannique, injuste, illégitime ? Contre ces possibles dérives, de nombreux États ont adopté des mécanismes juridiques permettant une surveillance des agissements du Parlement. En France, l'un de ces mécanismes est la « question prioritaire de constitutionnalité » (QPC).

Cet ouvrage propose de faire le point sur cette procédure récente, son fonctionnement mais aussi l'influence qu'elle exerce depuis 2008 sur le droit tout entier. Car la QPC, en dépit de ses imperfections, est devenue une véritable sentinelle démocratique qui alerte et informe le pouvoir politique de la teneur des revendications du peuple et au besoin désavoue le législateur lorsque le pacte constitutionnel est violé.

Table des matières :

Introduction

- I. Histoire de la QPC
- II. Exception d'inconstitutionnalité ou question préjudicielle de constitutionnalité
- III. Le caractère « prioritaire » de la QPC – Réglementation de la QPC

Chapitre I – La recevabilité de la QPC

- I. Les conditions de recevabilité
- II. La décision de recevabilité

Chapitre II – Le jugement de la QPC

- I. La procédure de jugement
- II. Les méthodes de jugement
- III. L'autorité du jugement

Chapitre III – L'influence de la QPC

- I. L'influence sur les institutions
- II. L'influence sur le droit