

# **La rémunération du salarié détaché en droit de l'Union européenne**

Mémoire de recherche présenté en vue de l'obtention du Master 2 Droit social  
interne, européen et international de l'Université de STRASBOURG  
par Gaëlle ICHTERTZ

Jury : Madame Fabienne MULLER  
Monsieur Nicolas MOIZARD

Année universitaire : 2013/2014

## REMERCIEMENTS

Je tiens, dans un premier temps, à remercier Madame Mélanie SCHMITT, maître de conférences HDR à l'Université de STRASBOURG, qui m'a suivie tout au long de la rédaction de ce mémoire, pour toute l'attention qu'elle a portée à mon travail, les nombreux moments qu'elle m'a consacrés et les précieuses remarques et préconisations qu'elle a pris le temps de me livrer. Je la remercie tout particulièrement pour sa disponibilité, ses réponses rapides et ses nombreux encouragements.

Je voudrais également remercier Madame Fabienne MULLER, directrice du Master 2 Droit social interne, européen et international de l'Université de STRASBOURG, responsable pédagogique de mon mémoire, qui m'a accordé un long moment de discussion, qui m'a fourni des documents, d'enrichissantes remarques et de précieux conseils pour la réalisation de ce mémoire.

Je remercie également Monsieur Nicolas MOIZARD, maître de conférences HDR à l'Université de STRASBOURG, d'avoir accepté de faire partie de mon jury.

Enfin, je souhaiterais remercier Mademoiselle Sophie ROSSIGNOL, attachée temporaire d'enseignement et de recherche à l'Université de STRASBOURG, pour les nombreux conseils qu'elle a su m'apporter. Merci également à mes deux camarades de promotion, Pauline et Sylvie, avec qui j'ai pu échanger à maintes reprises, pour leur soutien et leurs encouragements.

## **LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS**

AentG : Arbeitnehmer-Entsendegesetz

AJDA : L'actualité juridique du droit administratif

ANG : Arbeitgebervereinigung Nahrung und Genuss

BTP : Bâtiments travaux publics

CDU : Christlich Demokratische Union Deutschlands

CEDH : Convention européenne des droits de l'Homme

CEDS : Comité européen des droits sociaux

CES : Confédération européenne des syndicats

CESE : Conseil économique et social européen

CJCE : Cour de justice des Communautés européennes

CJUE : Cour de justice de l'Union européenne

CSE : Charte sociale européenne

CSI : Confédération syndicale internationale

CSU : Christlich-Soziale Union in Bayern

DGB : Deutscher Gewerkschaftsbund

FETBB : Fédération européenne des travailleurs du bâtiment et du bois

IRES : Institut de recherches économiques et sociales

JCP E : La semaine juridique – entreprise et affaires

JCP S : La semaine juridique – social

JDE : Journal de droit européen

JDI : Journal du droit international Clunet

JO : Journal officiel

NGG : Nahrung Genuss Gaststätten

OIT : Organisation internationale du travail

ONU : Organisation des Nations Unies

PIDESC : Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels

RCDIP : Revue critique de droit international privé

RDT : Revue de droit du travail

RJS : Revue de jurisprudence sociale

RTD Com : Revue trimestrielle de droit – commercial

RTDE : Revue trimestrielle de droit social européen

SMIC : Salaire minimum interprofessionnel de croissance

SMIG : Salaire minimum interprofessionnel garanti

SNCP : Syndicat national du commerce de porc

SNIV : Syndicat national des industries de la viande

SPD: Sozialdemokratische Partei Deutschlands

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TUE : Traité sur l'Union européenne

UE : Union européenne

# SOMMAIRE

## **Partie 1 : La rémunération du salarié détaché protégée par la garantie d'un salaire minimum**

Section 1 : Une protection de la rémunération limitée au salaire minimum par la directive « détachement »

Section 2 : L'effectivité de la protection de la rémunération du salarié détaché

## **Partie 2 : La détermination d'une rémunération minimum au salarié détaché lui conférant un statut égalitaire**

Section 1 : Le droit du salarié détaché à un niveau minimal de rémunération

Section 2 : Le droit du salarié détaché à l'égalité de rémunération

## INTRODUCTION

*Qu'en est-il aujourd'hui du fameux plombier polonais ?*

Né de la polémique autour de la directive « Bolkestein »<sup>1</sup> qui s'accompagnait de la sanctuarisation du principe du pays d'origine<sup>2</sup>, il aurait dû disparaître avec l'avènement de la nouvelle directive « services »<sup>3</sup>. Pourtant, à la question « le plombier polonais est-il mort ? », Jean Philippe Lhernould répond par la négative<sup>4</sup>.

Mais qui est ce plombier polonais ? Qui sont ces maçons portugais, ces routiers estoniens, ces équearisseurs bulgares ? Ces expressions, emplies de préjugés, défrayent la chronique et concentrent les craintes de l'opinion publique toute entière<sup>5</sup>. En effet, ce plombier polonais, sur le fondement des articles 56 à 62 du TFUE relatifs à la libre prestation de services, peut aller réparer une fuite d'évier dans un autre Etat membre de l'UE, et ce, en étant payé au salaire polonais, tout en restant affilié aux règles de protection sociale de son pays d'origine. Il représente l'archétype même de la main d'œuvre bon marché. Aujourd'hui, l'une des figures emblématiques du plombier polonais est celle du salarié détaché par son employeur d'origine dans un autre Etat. Il effectue sa prestation de travail dans un pays où les conditions de travail et d'emploi sont souvent plus élevées que celles dans son pays d'origine, tout comme les charges sociales. Pour autant, il demeure soumis au salaire et aux charges sociales de son pays d'origine, en vertu des dispositions relatives à la libre prestation de services<sup>6</sup>.

---

<sup>1</sup> Proposition de directive sur les services dans le marché intérieur, à l'instigation de Frits Bolkestein (ancien Commissaire européen), adoptée par la Commission européenne le 13 janvier 2004.

<sup>2</sup> [http://www.liberation.fr/evenement/2005/06/11/le-plombier-polonais-fossoyeur-du-oui\\_523039](http://www.liberation.fr/evenement/2005/06/11/le-plombier-polonais-fossoyeur-du-oui_523039)

<sup>3</sup> Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO n° L 376/68 du 27 décembre 2006.

<sup>4</sup> J.P LHERNOULD, *La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs*, Droit Social 2005, Dalloz, p.1191.

<sup>5</sup> Pour un exemple : [www.lemonde.fr/economie/article/2013/12/02/apres-le-plombier-polonais-voila-la-polemique-du-travailleur-detache\\_3523697\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/12/02/apres-le-plombier-polonais-voila-la-polemique-du-travailleur-detache_3523697_3234.html)

<sup>6</sup> Article 56 et suivants du TFUE.

Pourtant, le plombier polonais est doté de droits sociaux, au même titre que tous les travailleurs. Parmi ceux-ci, figure le droit à la rémunération. En effet, face à la libre prestation de services, s'élèvent « la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions »<sup>7</sup>. Confrontés aux situations actuelles, la question qui se pose demeure celle de savoir quelle place prend la promotion de cette Europe sociale dans le mythe du plombier polonais. Plus précisément, le salarié détaché est-il en mesure de bénéficier d'une protection de sa rémunération ?

Il conviendra dans un premier temps de s'attacher à définir les notions concernées (§1) avant de poser le contexte historique et actuel (§2).

## **§ 1. Les notions de rémunération et de salarié détaché**

### **A) La rémunération ou le salaire**

#### 1) La définition

Le terme salaire nous vient du latin *salarium*, signifiant littéralement « solde pour acheter du sel »<sup>8</sup>. Le salaire a conservé son caractère alimentaire puisque, constituant la source essentielle des revenus de notre « société salariale »<sup>9</sup>, il est nécessaire à la survie de tous les travailleurs, garantit leur pouvoir d'achat et conditionne le niveau de vie de ces derniers.

Aujourd'hui, il peut être défini comme la rémunération perçue par le travailleur en échange de sa prestation de travail<sup>10</sup>. Selon la théorie marxiste, « le salaire est le prix d'une chose

---

<sup>7</sup> Article 151 du TFUE.

<sup>8</sup> Pour les Romains, le sel constituait un ingrédient de première nécessité puisqu'il était la clé de conservation des aliments.

<sup>9</sup> Expression du sociologue Robert Castel.

Notons qu'en France aujourd'hui quatre cinquième des emplois sont salariés.

<sup>10</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9<sup>e</sup> édition, PUF, 2011.



déterminée : le travail ». Au fil du temps, on a pu assister au passage de la notion de salaire à celle de rémunération avec l'adjonction d'autres éléments au simple prix de la prestation de travail, tels que la protection sociale et les avantages rémunérateurs divers. Désormais le terme de rémunération tend à couvrir l'ensemble des rétributions du travail subordonné<sup>11</sup>.

Doit-on alors parler de salaire ou de rémunération ? En droit du travail français, il est considéré que la notion de salaire a deux sens : « Deux interprétations du salaire sont possibles : selon l'une qui tend à reculer, le salaire est le prix payé en contrepartie de la prestation de travail (interprétation restrictive), selon l'autre, il faut assimiler au salaire toute somme versée en conséquence du contrat liant les parties même si elles n'ont pas leur cause dans le travail effectué, avantages accessoires constituant encore le salaire *lato sensu* »<sup>12</sup>. La rémunération du salarié est composée par le salaire de base, stricte contrepartie du travail fourni, auquel s'ajoutent les éléments dits accessoires (primes, gratifications, indemnités).

Le Code du travail consacre un livre entier aux « Salaires et avantages divers » et fait référence à la notion de rémunération dans de nombreuses dispositions. Ainsi, l'article L. 3221-3, relatif à l'égalité salariale entre hommes et femmes, témoigne de l'évolution de la conception de rémunération : « Constitue une rémunération [...], le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum et tous les autres avantages et accessoires payés, directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travail en raison de l'emploi de ce dernier. »

En droit international, on trouve une définition de la notion de salaire dans la convention n° 95 de l'Organisation Internationale du Travail : « Aux fins de la présente convention, le terme salaire signifie, quels qu'en soient la dénomination ou le mode de calcul, la rémunération ou les gains susceptibles d'être évalués en espèces et fixés par accord ou par la législation nationale, qui sont dus en vertu d'un contrat de louage de services, écrit ou verbal, par un employeur à un travailleur, soit pour le travail effectué ou devant être effectué, soit pour les services rendus ou devant être rendus »<sup>13</sup>. D'autres conventions portent sur la notion de rémunération dont notamment la convention n°26 sur la fixation des salaires, la convention

---

<sup>11</sup> G. AUZERO et E. DOCKES et J. PELISSIER, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, édition 2013, p.895.

<sup>12</sup> G. LYON-CAEN, *Traité de droit du travail 2, les salaires*, publié sous la direction de GH. Camerlynck, Dalloz, 1967.

<sup>13</sup> Article 1 de la convention de l'OIT n° 95 sur la protection du salaire, 1949.

n°131 sur la fixation des salaires minima ou encore la convention n°100 sur l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes.

En droit de l'UE, la notion de rémunération est définie à l'article 157 § 2 du TFUE dans le cadre du principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins : « Aux fins du présent article, on entend par rémunération, le salaire ou traitement ordinaire de base ou minimum, et tous autres avantages payés directement ou indirectement, en espèces ou en nature, par l'employeur au travailleur en raison de l'emploi de ce dernier ». Mais l'article 153 du TFUE, qui détaille les domaines dans lesquels l'UE peut intervenir en matière de politique sociale, exclut explicitement la rémunération de son champ d'intervention. La marge de manœuvre est donc laissée aux Etats membres concernant sa détermination.

## 2) Les implications

Comme évoqué précédemment, la rémunération constitue l'élément déterminant de la relation de travail pour le salarié. Pour déterminer les contours de cette rémunération, il est nécessaire d'envisager un certain nombre de questions relatives notamment au mode de détermination du salaire (salaire légal ou conventionnel ?), à la délimitation des accessoires du salaire qui suivent son régime juridique (avantages en nature ? primes ?), au montant du salaire (taux minimum ou non ?), au paiement de ce salaire (périodicité ? forme ?) ou encore aux moyens de vérifier que ce paiement a bel et bien été effectué.

L'UE ne pouvant agir en la matière<sup>14</sup>, les Etats membres sont libres de déterminer les conditions de la rémunération, et les systèmes sont très divers. C'est sans doute au niveau des montants que les divergences sont les plus frappantes. En témoigne le salaire minimum bulgare (174€/ mois en janvier 2014) rapporté au salaire minimum mensuel luxembourgeois s'élevant à 1921€ au 1<sup>er</sup> janvier 2014<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Article 153 § 5 du TFUE.

<sup>15</sup> Source : [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics\\_explained/index.php/Minimum\\_wage\\_statistics](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Minimum_wage_statistics)

Alors même que l'UE encourage la mobilité des travailleurs en consacrant la libre circulation des travailleurs et la libre prestation de services, comment éviter les mécanismes visant à titrer profit de ces divergences ? Le dispositif autour du salarié détaché avait vocation à encadrer la chose.

## **B) Le salarié détaché**

Le salarié est entendu comme un travailleur rémunéré qui, en vertu d'un contrat de travail, fournit une prestation de travail à un employeur qui le paie et lui donne des ordres<sup>16</sup>. Au sens de la directive « détachement »<sup>17</sup>, la définition du travailleur se fait par référence à celle qui est d'application dans le droit de l'Etat membre d'accueil. Qui est alors le salarié détaché ?

### 1) La définition

La définition du salarié détaché a été introduite dans le Code du travail français par la loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, aux articles L. 342-1 et suivants (anciens). La notion avait déjà été évoquée préalablement par la loi n° 93-1313 du 20 décembre 1993 édictant l'article L. 341-5 du Code du travail qui tendait à assurer l'égalité de traitement entre salariés détachés et salariés nationaux, mais sans définir explicitement qui était le salarié détaché<sup>18</sup>.

Après recodification, on retrouve cette définition à l'article L. 1261-3 du Code : « Est un salarié détaché au sens du présent titre tout salarié d'un employeur régulièrement établi et exerçant son activité hors de France et qui, travaillant habituellement pour le compte de celui-ci, exécute son travail à la demande de cet employeur pendant une durée limitée sur le territoire national dans les conditions définies aux articles L. 1262-1 et L. 1262-2. »

---

<sup>16</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9e édition, PUF, 2011.

<sup>17</sup> 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, JO n° L 18 du 21 janvier 1997.

<sup>18</sup> S. HENNION-MOREAU, *Les prestations de services transnationales* (article 36 de la loi quinquennale n° 93-1313 du 20 décembre 1993), JCP E, 1994, p. 25.

En droit international, le statut particulier du salarié détaché avait déjà été pointé du doigt par l'article 6 § 2 a) de la convention de Rome de 1980<sup>19</sup>. On parle de travailleur détaché à titre temporaire dans un autre pays. On en retrouve la mention de façon implicite dans le règlement Rome I du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>20</sup>.

En droit de l'UE, une première référence au salarié détaché est faite à l'article 14 du règlement (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non-salariés et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté. On la retrouve ensuite à l'article 12 du règlement CE n° 883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale, et l'article 14 du règlement CE N° 987/2009 du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement CE n° 883/2004 précise les contours de la notion de salarié détaché.

Mais c'est la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil en date du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services qui donne la définition du travailleur détaché en droit du travail. Son article 2 § 1 pose que : « on entend par travailleur détaché, tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un État membre autre que l'État sur le territoire duquel il travaille habituellement ». Aucune précision n'est donnée quant à la durée de cette « période limitée », alors même que les règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale s'attachent à préciser que cette période ne peut excéder 24 mois. Seul le 36<sup>e</sup> considérant du règlement Rome I précise un peu les choses en avançant que « l'accomplissement du travail dans un autre pays devrait être considéré comme temporaire lorsque le travailleur est censé reprendre son travail dans le pays d'origine après l'accomplissement de ses tâches à l'étranger. » Mais il n'est fait mention expresse d'aucune durée limite.

---

<sup>19</sup> Convention 80/934/CEE, dite « de Rome », du 19 juin 1980, sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JO n° L266 du 9 octobre 1980.

<sup>20</sup> Règlement CE n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », JO n° L177 du 4 juillet 2008, article 8§2 : « Le pays dans lequel le travail est habituellement accompli n'est pas réputé changer lorsque le travailleur accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays ».

Le travailleur détaché est donc à distinguer du travailleur migrant qui s'installe dans un autre pays pour y exercer une activité pérenne, du travailleur frontalier qui réside dans un Etat et travaille dans un autre Etat voisin, ainsi que du travailleur exerçant son activité simultanément dans différents Etats.

Le droit de l'UE, et sa transposition en droit interne, précisent la définition du salarié détaché en délimitant quelles sont les situations dans lesquelles un salarié peut être détaché sur un autre territoire par son employeur.

## 2) Les situations de détachement

La directive « détachement » envisage trois types de détachements possibles au paragraphe 3 de l'article premier : le détachement classique dans le cadre de l'exécution d'un contrat de prestation de services sur le territoire d'un autre Etat membre, le détachement intra-groupe dans lequel le salarié est détaché dans une entreprise appartenant au même groupe mais située sur le territoire d'un autre Etat membre, et le détachement opéré par une société d'intérim dans une entreprise établie sur le territoire d'un autre Etat membre.

La législation française, quant à elle, définit quatre cadres de détachement. En effet, elle fait référence aux trois situations envisagées par la directive dans ses articles L. 1262-1 et L. 1262-2 du Code du travail, mais donne également naissance à un nouveau cas au troisièmement de l'article L. 1262-1 : le détachement « pour son propre compte ». C'est l'hypothèse dans laquelle le détachement sur le territoire français est réalisé pour le compte de l'employeur sans qu'il n'existe de contrat entre celui-ci et un destinataire.

Mais outre ce quatrième cas de détachement, le Code du travail nous confie une précision supplémentaire concernant l'employeur du salarié détaché, précision que l'on ne retrouve pas dans la directive « détachement »<sup>21</sup>. L'article L. 1262-3 nous indique ainsi que pour bénéficier de la libre prestation de services, une entreprise prestataire étrangère doit exercer une activité

---

<sup>21</sup> A contrario, on retrouve une telle précision au sein de l'article 14 § 2 du règlement du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement de 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

déclarée et significative dans l'Etat dans lequel elle est établie, c'est à dire des activités substantielles autres que des activités de pure administration interne sur le territoire de l'Etat membre dans lequel elle est établie. En définitive, cette condition a pour objectif de vérifier que l'activité n'ait pas été organisée aux seules fins du détachement.

Après avoir envisagé les notions, il s'agit désormais de s'attacher à la question de savoir comment est née la problématique du détachement des travailleurs et la législation qui leur est applicable en matière de rémunération, ainsi que la situation actuelle des salariés détachés.

## **§ 2. Le contexte historique et actuel**

### **A) La naissance et les enjeux du détachement des travailleurs**

#### 1) Le détachement des travailleurs, un outil de la libre prestation de services

Selon l'ancien article 2 du Traité instituant la Communauté européenne, la Communauté avait pour mission l'établissement d'un Marché commun<sup>22</sup>, et pour atteindre cet objectif, l'article 3 § 1 c) de ce même Traité prévoyait l'abolition entre les Etats membres des obstacles à libre circulation des personnes, services, capitaux et marchandises.

Actuellement, l'article 56 du TFUE consacre la libre prestation de services : « [...] les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation. »

Certes, la notion de détachement ne s'applique pas uniquement à la mobilité des personnes dans l'UE, mais aussi dans le cadre de la mobilité internationale. Pourtant nous ne

---

<sup>22</sup> Dans un arrêt du 5 mai 1982, la Cour de justice a circonscrit la notion de Marché commun de la manière suivante : « (...) La notion de marché commun telle que la Cour l'a dégagée dans une jurisprudence constante, vise à l'élimination de toutes les entraves aux échanges intracommunautaires en vue de la fusion des marchés nationaux dans un marché unique réalisant des conditions aussi proches que possible de celles d'un véritable marché intérieur. Il importe que les avantages de ce marché soient assurés, en dehors du commerce professionnel, également aux particuliers qui sont dans le cas de poursuivre des opérations économiques au-delà des frontières nationales ». Source : A. LYON CAEN, *Répertoire de droit du travail*, Dalloz.

l'envisagerons que dans le premier cas, et à ce titre, par définition, le salarié détaché issu d'un autre Etat membre de l'UE vient dans le cadre de l'exercice de la libre prestation de services.

L'article 57 du TFUE précise d'une part que la libre prestation de services ne vaut que pour les prestations fournies en échange d'une rémunération, mais donne également un cadre à la notion de services en indiquant qu'elle peut comprendre des activités de caractère industriel, commercial, des activités artisanales et des activités des professions libérales. En outre, il est mentionné que le prestataire de services est en droit d'exercer, de manière temporaire, sa prestation sur un territoire autre que son pays d'origine, et ce « dans les mêmes conditions que celles que cet État impose à ses propres ressortissants ». Il s'agit en fait de garantir à ces prestataires de services une égalité, d'un point de vue concurrentiel, avec les autres prestataires du pays d'accueil.

Mais cette possibilité de détacher des salariés dans le cadre de la libre prestation de services garantie par le TFUE engendre d'autres problématiques dont celles relatives notamment à la protection des travailleurs détachés et à la situation des travailleurs nationaux établis dans l'Etat membre qui sont mis en concurrence avec ces salariés détachés, souvent moins coûteux. En effet, si le détachement présente un objectif honorable tel que celui de pallier les besoins de main d'œuvre d'un Etat membre en faisant temporairement appel à de la main d'œuvre d'un autre, ou encore offrir un service pour exécuter une tâche pointue dans un Etat membre où aucune spécialisation de ce genre n'est disponible, le problème reste que de nombreux employeurs pratiquant le détachement ont su profiter des failles de la législation européenne en la matière, si bien que le détachement est aujourd'hui devenu vecteur de dumping social et de concurrence déloyale, au détriment de la condition - et de la rémunération - du salarié concerné<sup>23</sup>.

## 2) La nécessité de réglementer le recours à un tel outil : quelle est la loi applicable ?

---

<sup>23</sup> Pour un exemple de publicité faite auprès d'un service Ressources Humaines : <http://rue89.nouvelobs.com/2013/11/18/veut-beaux-polonais-roumains-souples-chers-247618>

Si le salarié détaché peut exercer sa prestation de travail sur le territoire d'un autre Etat membre, tout en restant lié à son employeur d'origine, la question qui se pose tout naturellement est celle du droit applicable. Applique-t-on les règles du pays d'accueil ou celles du pays d'origine ?

Pour répondre à cette interrogation, le premier réflexe consiste à se tourner vers les mécanismes de règlement de conflits de lois que l'on peut trouver en droit international privé (même si le principe de territorialité qui régit le droit social européen voudrait que ce soit la loi de l'Etat d'accueil qui s'applique). A ce titre, la convention de Rome consacre son article 6 au contrat individuel du travail et pose le principe du libre choix des parties même si cette liberté ne peut s'exercer aux dépens de la protection du travailleur. A défaut, le contrat de travail est régi soit par la loi du pays où le travailleur accomplit habituellement son travail, même s'il est temporairement détaché dans un autre pays, soit par la loi du pays où se trouve l'établissement qui a embauché le travailleur, soit encore par la loi du pays avec lequel le contrat de travail présente des liens les plus étroits<sup>24</sup>.

Face à la généralité du dispositif, c'est à la jurisprudence de la Cour de justice de l'UE qu'il est revenu d'intervenir pour affirmer la reconnaissance progressive de l'application de la loi du pays d'accueil.

Ainsi, avec l'arrêt *Webb* du 17 décembre 1981<sup>25</sup>, la Cour a considéré qu'un Etat membre pouvait légitimement limiter la libre prestation de services en appliquant certaines règles nationales. De même, dans les arrêts *Seco* et *Desquenne & Giral* du 3 février 1982<sup>26</sup>, la Cour a reconnu aux Etats membres la possibilité d'appliquer la loi du pays d'accueil aux salaires minima, légaux ou conventionnels, mais pas aux cotisations sociales<sup>27</sup>. Dans les deux cas, il a été démontré que la libre prestation de services - principe fondamental du droit de l'UE - ne pouvait être limitée que par des raisons impérieuses d'intérêt général remplissant les critères

---

<sup>24</sup> Malgré la suppression de la mention relative au salarié détaché dans le règlement Rome I qui fait suite à la convention de Rome, la solution semble être prolongée puisque l'article 8 dudit règlement s'applique aussi « au travailleur [qui] accomplit son travail de façon temporaire dans un autre pays ».

<sup>25</sup> CJCE, 17 décembre 1981, *Webb*, affaire 279/80.

<sup>26</sup> CJCE, 3 février 1982, *Seco et Desquenne & Giral*, affaires 62/81 et 63/81.

<sup>27</sup> G. DRUESNE, *Libre prestation des services et travailleurs salariés : les arrêts Webb et Seco de la CJCE*, RTDE 1982, p. 75.



de nécessité et de proportionnalité ; les normes sociales peuvent faire partie de ces exigences et les Etats membres peuvent donc limiter la libre prestation de services en appliquant leur législation nationale sur le fondement de ces dernières.

Avec l'entrée dans l'UE de l'Espagne et du Portugal en 1986, compte tenu du nombre d'entreprises et de la main d'œuvre abondante dans le secteur du BTP de ces deux pays, la question du détachement a fait l'objet d'amples développements et évolutions. L'arrêt *Rush Portuguesa*, rendu par la Cour de justice, le 27 mars 1990<sup>28</sup> marque un tournant. Dans un premier temps, il distingue clairement libre prestation de services et liberté de circulation des travailleurs en affirmant que la sous-traitance relève de la libre prestation de services. D'autre part, il reconnaît aux Etats membres la liberté de procéder à des contrôles pour vérifier qu'il n'existe pas un détournement de la libre prestation de services. Enfin, l'arrêt souligne que l'Etat peut imposer, par des moyens appropriés, ses règles nationales aux prestataires de services étrangers même si la règle demeure imprécise. Suite à cela, une proposition de directive sera déposée.

Dans l'élaboration de la directive « détachement », les intérêts des Etats membres divergent. Par exemple, le Portugal est contre toute réglementation en la matière. Grâce à ce mécanisme, il a pu obtenir de nombreux marchés dans l'UE et craint d'être lésé par la nouvelle législation communautaire. D'autres Etats comme la France ou l'Allemagne, au contraire, souhaitent un alignement des conditions dans lesquelles se trouvent les travailleurs détachés sur celles de leurs nationaux pour réduire l'écart concurrentiel créé par le jeu de l'application de la loi du pays d'origine. Ces intérêts économiques orientent la dimension de la directive : basée sur le fondement légal de la libre prestation de services, il s'agit d'une directive non pas sociale mais économique<sup>29</sup>. Pour autant, la directive présente un triple objectif, celui de concilier la

---

<sup>28</sup> CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa Lda*, affaire C-113/89 ; P. RODIERE, *De la libre circulation des travailleurs et de la libre prestation de services au cours d'une période transitoire d'adhésion*, RTDE 1990, p. 632.

<sup>29</sup> MA. MOREAU, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, JDI 1996, p. 889.

libre prestation de services, la libre concurrence et la protection des travailleurs<sup>30</sup>. Le but étant de trouver un juste équilibre. La tâche n'est pas aisée. Mais la directive « détachement » présente tout de même le mérite, par sa seule existence, de clarifier l'articulation juridique entre des normes internationales, communautaires et internes, de simplifier le statut du travailleur détaché, et d'éclaircir les conditions d'exercice de prestations de services transnationales<sup>31</sup>.

## **B) La réglementation et ses interprétations en vigueur actuellement**

### 1) L'application pratique

L'analyse quantitative du détachement des travailleurs n'est pas une mince affaire. Le seul moyen d'y parvenir repose sur l'évaluation des certificats de détachements A1<sup>32</sup> prévus par les règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale, mais cet outil présente des failles puisqu'il peut être aisément contourné.

Selon l'analyse d'impact opérée par la Commission européenne et le Parlement européen<sup>33</sup>, on compte un million de travailleurs détachés d'un Etat membre à un autre chaque année en 2009 (même si selon le rapport du sénateur Eric Bocquet de 2013<sup>34</sup>, ce chiffre pourrait être monté à 1,5 millions depuis). Il s'avère que 55% des détachements sont effectués dans les secteurs industriels et le secteur de la construction représente à lui seul un quart de l'ensemble des détachements. Ces chiffres importants s'expliquent par les atouts que présente le

---

<sup>30</sup> Considérant n°5 de la directive 96/71 : « considérant qu'une telle promotion de la prestation de services dans un cadre transnational nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs ».

<sup>31</sup> MA. MOREAU, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, JDI 1996, p. 889 – précité.

<sup>32</sup> Plus d'information : <http://www.cleiss.fr/reglements/a1.html>

<sup>33</sup> Document de travail des services de la Commission – Résumé de l'analyse d'impact accompagnant les documents: Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et proposition de règlement du Conseil concernant l'exercice du droit de recourir à des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, le 21 mars 2012.

<sup>34</sup> Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs, par M. Éric BOCQUET, Sénateur, le 18 avril 2013.

détachement : possibilité de faire appel à des frontaliers en raison de la proximité géographique, d'obtenir une main d'œuvre à faible coût pour le pays d'accueil et pallier ses lacunes de main d'œuvre ou ses besoins de compétences spécialisées.

En France, en 2011, on compte 144 411 salariés détachés. Or, face à l'obstacle des déclarations de détachement non respectées, le Ministère du travail français estime entre 220 000 et 300 000<sup>35</sup> le nombre de salariés « low cost » présents sur le territoire français, sans avoir fait l'objet d'une telle déclaration et rémunérés selon les conditions du pays d'envoi.

En effet, grâce au mécanisme du détachement et par le jeu des règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale, un employeur peut envoyer son salarié pour effectuer sa prestation de services dans un autre Etat membre présentant des conditions de travail et d'emploi, ainsi que des charges sociales, plus élevées, tout en restant soumis aux charges sociales requises dans le pays d'origine. Certes, la directive « détachement » est censée consacrer le principe du pays d'accueil pour permettre au salarié détaché de bénéficier d'une protection en termes de conditions de travail – et notamment, une protection de sa rémunération –, mais encore faut-il que celle-ci soit respectée ou qu'aucun montage frauduleux ne soit inventé de manière à permettre à l'employeur d'échapper à la législation normalement applicable. C'est pour cette raison que le détachement est qualifié de vecteur de dumping social<sup>36</sup>. Le risque le plus inquiétant demeure celui de la possible absence de protection du salarié détaché, essentiellement au niveau de sa rémunération. Effectuant la même prestation de travail dans l'Etat d'accueil que les nationaux de cet Etat, quelles sont les raisons qui expliquent que celui-ci ne mérite pas le même traitement que le salarié national ? C'est le constat d'une importante inégalité, de conditions de travail et d'emploi et surtout de rémunération. Pour autant, la Cour de justice semble déterminée à faire primer l'objectif économique visé par la directive.

---

<sup>35</sup> Analyse des déclarations de détachement des entreprises prestataires de services en France en 2011 – Direction Générale du Travail - Septembre 2012.

<sup>36</sup> Selon rapport d'information de la délégation de l'Assemblée nationale pour l'UE sur le dumping social en Europe du 25 mai 2000 : on entend par dumping social « toute pratique consistant, pour un Etat ou une entreprise, à violer, à contourner ou à dégrader, de façon plus ou moins délibérée, le droit social en vigueur – qu'il soit national, communautaire ou international – afin d'en tirer un avantage économique, notamment en termes de compétitivité ».

## 2) Les influences de la Cour de justice de l'Union européenne

Déjà dans ses décisions précédant l'expiration du délai de transposition de la directive « détachement », la Cour de justice maintenait sa ligne de conduite consistant à prôner le principe fondamental de la libre prestation de services. Certes, elle admet que la protection des travailleurs peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général venant limiter la libre prestation de services, mais cette raison doit être nécessaire et proportionnée<sup>37</sup>.

Cette interprétation est conservée après l'entrée en vigueur de la directive « détachement ». En effet, la directive étant basée sur l'article 56 du TFUE, son interprétation doit se faire au prisme de la libre prestation de services selon la Cour. Malgré les objectifs aussi bien économiques (libre prestation de services et concurrence loyale) que sociaux (protection des travailleurs) de la directive, la protection des travailleurs continue d'être appréhendée de manière restrictive par la Cour, comme le montrent les arrêts *Viking*, *Laval*, *Rüffert* et *Commission contre Luxembourg*<sup>38</sup> qui ont suscité moult commentaires<sup>39</sup>. En somme, la Cour de justice semble faire primer les libertés économiques sur les droits sociaux.

---

<sup>37</sup> Raisonnement des arrêts de la Cour de justice : *Finalarte* (affaires jointes C 49/98, C 50/98, C 52/98, C 54/98, C 68/98, C 71/98) *Mazzoleni* (affaire C-165/98), et *Portugaia Construções Lda* (affaire C-164/99).

<sup>38</sup> CJCE, 18 décembre 2007 (Grande chambre), *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, affaire C-341/05 ; C. SACHS-DURAND et M. SCHMITT, *Droit social communautaire (1 janvier 2007 – 30 mars 2008)*, JDE 2008, n° 150, p. 186.

CJCE, 19 juin 2008, *Commission c/ Grand-Duché du Luxembourg*, C-319/06 ; F. CHALTIEL, CJ. BERR, S. FRANCO et C. PRIETO, *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes – Note sous CJCE, 19 juin 2008, Commission c/ Luxembourg (C-319/06)*, JDI 2009, p. 665.

CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert*, affaire C-346/06 ; F. CHALTIEL, CJ. BERR, S. FRANCO et C. PRIETO, *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes – Note sous CJCE, 3 avril 2008, Rüffert (C-346/06)*, JDI 2009, p. 665.

CJCE, 11 décembre 2007, *International Transport Workers' Federation et Finnish Seamen's Union contre Viking Line ABP et OÜ Viking Line Eesti*, affaire C-438/05 ; E. LAFUMA, *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale – Droit de mener une action collective et liberté de prestation de services*, RJS 2008, p. 179.

<sup>39</sup> Voir notamment : H. MUIR WATT, *Lorsque les libertés d'établissement et de prestation de services favorisent le dumping social*, RCDIP 2008, p. 356 et F. MULLER & M. SCHMITT, *Droit social communautaire*, Recueil Dalloz 2008, p. 3038.

Suite à ces arrêts, une tentative d'amélioration de la mise en œuvre de la directive « détachement » a été présentée par le Conseil et le Parlement européen par le biais de la proposition de directive relative à l'exécution de la directive 96/71/CE en date du 21 mars 2012<sup>40</sup> et par la proposition de règlement du Conseil concernant l'exercice du droit de recourir à des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services. La question demeure celle de savoir si un tel texte de mise en application suffirait à contrebalancer la tendance actuelle et assurer une réelle protection du travailleur détaché, notamment au niveau de sa rémunération, lui permettant d'être éligible à une égalité salariale par rapport aux autres travailleurs qui exercent la même prestation de travail que lui, sur un même lieu de travail.

*Le droit à la rémunération des travailleurs détachés, entendu comme le droit à une rémunération décente ainsi qu'à une égalité de rémunération, est-il suffisamment protégé ?*

Pour répondre à cette interrogation, nous nous focaliserons dans une première partie sur le droit au salaire minimum du pays d'accueil dont bénéficie le salarié détaché pour assurer la protection de sa rémunération (partie 1), avant de nous attacher, dans une deuxième partie, à la question de la détermination de la rémunération protégée et à la possibilité d'accéder à une égalité salariale avec les autres travailleurs (partie 2).

---

<sup>40</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, COM(2012) 131.



## **PARTIE 1 : La rémunération du salarié détaché protégée par la garantie d'un salaire minimum**

Selon l'article 2 de la directive 91/533/CEE du 14 octobre 1991 relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail<sup>41</sup>, « le montant de base initial, les autres éléments constitutifs ainsi que la périodicité de versement de la rémunération à laquelle le travailleur a droit » constituent un élément essentiel du contrat ou de la relation de travail du travailleur. Mais lorsqu'un salarié détaché est envoyé dans un autre Etat membre pour exécuter sa prestation de travail, la question qui se pose est celle de savoir à quelle rémunération il peut prétendre. Doit-on lui appliquer celle en vigueur selon le droit de l'Etat membre d'exécution de sa prestation ou celle déterminée par le droit de son Etat d'établissement d'origine ?

L'article 3 § 1 c) de la directive « détachement » apporte une réponse à cette interrogation en assurant une protection théorique de la rémunération du salarié détaché qui bénéficie des conditions de travail et d'emploi de l'Etat membre sur le territoire duquel le travail est exécuté et ce concernant les matières énumérées par ledit article. En effet, la directive liste une série de conditions de travail et d'emploi, telles que prévues par le droit de l'Etat d'accueil, garanties au salarié détaché pendant la durée de son détachement, au sein de laquelle on retrouve « les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires ». Cette protection ne se limite donc qu'au salaire minimum applicable au salarié détaché, d'autant plus que celui-ci demeure conditionné par ses mécanismes de fixation (section 1).

En outre, cette liste de « matières protégées » n'est pas immuable. La directive prévoit des possibilités d'élargissements certes, mais ouvre également des restrictions liées à des conditions de durée ou d'activité spécifiques. La question de l'effectivité de cette protection textuelle vient alors à se poser. La directive 96/71 protège-t-elle véritablement la rémunération du salarié détaché ? En pratique, des tentatives de contournements des règles ont été constatés : abus, fraudes, manquements à la législation de l'UE...etc. Des essais

---

<sup>41</sup> Directive 91/533/CEE du Conseil, du 14 octobre 1991, relative à l'obligation de l'employeur d'informer le travailleur des conditions applicables au contrat ou à la relation de travail, JO n° L 288 du 18 octobre 1991.

d'amélioration du système sont en cours, mais il convient de se demander s'ils seront suffisants à assurer une réelle protection de la rémunération du salarié détaché (section 2).

### **Section 1 : Une protection de la rémunération limitée au salaire minimum par la directive « détachement »**

Le considérant 5 de la directive « détachement »<sup>42</sup> énonce le triple objectif que poursuit le texte. Certes, le but consiste dans la promotion de la libre prestation de services, tout en assurant une concurrence loyale entre les Etats membres, mais il est également fait mention d'un autre objectif, de dimension sociale cette fois ci, la protection des travailleurs. On retrouve cette ambition dans le considérant n°13 de la directive<sup>43</sup>, mais aussi dans le droit primaire au sein du préambule du TFUE<sup>44</sup>, à l'article 151 du TFUE<sup>45</sup> ou encore à l'article 31 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE<sup>46</sup>, le but étant d'assurer une protection des conditions de travail et d'emploi du travailleur.

Ces objectifs expliquent que le salaire minimum, élément essentiel des conditions de travail et d'emploi, fasse partie des éléments protégés par la directive (§ 1), mais cette protection ne sera véritablement assurée que si le salaire minimum est prévu à certaines conditions bien précises (§ 2).

---

<sup>42</sup> Considérant n°5 de la directive 96/71 : « (5) considérant qu'une telle promotion de la prestation de services dans un cadre transnational nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs ».

<sup>43</sup> Considérant n°13 de la directive 96/71 : « (13) considérant que les législations des Etats membres doivent être coordonnées de manière à prévoir un noyau dur de règles impératives de protection minimale que doivent observer, dans le pays d'accueil, les employeurs qui détachent des travailleurs en vue d'effectuer un travail à titre temporaire sur le territoire de l'Etat membre de la prestation ; qu'une telle coordination ne peut être assurée que par le droit communautaire ».

<sup>44</sup> Extrait du préambule du TFUE : « ASSIGNANT pour but essentiel à leurs efforts l'amélioration constante des conditions de vie et d'emploi de leurs peuples ».

<sup>45</sup> Article 151 du TFUE : « L'Union et les États membres, conscients des droits sociaux fondamentaux, tels que ceux énoncés dans la Charte sociale européenne signée à Turin le 18 octobre 1961 et dans la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs de 1989, ont pour objectifs la promotion de l'emploi, l'amélioration des conditions de vie et de travail, permettant leur égalisation dans le progrès, une protection sociale adéquate, le dialogue social, le développement des ressources humaines permettant un niveau d'emploi élevé et durable et la lutte contre les exclusions. [...] ».

<sup>46</sup> Article 31 § 1 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE : « 1. Tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité. [...] ».



## **§ 1. Le salaire, un élément du noyau dur**

L'expression « noyau dur » apparaît dans les 13<sup>ème</sup> et 14<sup>ème</sup> considérants de la directive 96/71 où il est défini comme une série de règles impératives de protection minimale du pays d'accueil qui doivent être respectées par les employeurs détachant leurs salariés sur un autre territoire que leur lieu d'établissement. Parmi ces règles impératives de protection minimale, figure le salaire minimum du pays d'accueil (A).

Malgré l'imposition d'un tel noyau dur, on dénote une certaine souplesse laissée par la directive pas le biais des différentes dérogations qu'elle prévoit. Pour autant, l'interprétation qu'en donne la Cour de justice de l'UE dans les différents arrêts rendus en la matière peut avoir pour effet de nuancer cette malléabilité (B).

### **A) L'application du salaire minimum du pays d'accueil**

L'inclusion de la matière relative au salaire minimum dans le noyau dur de la directive « détachement » avait pour but premier d'éviter la concurrence déloyale en matière de coûts salariaux entre les différents Etats membres qui prévoient des taux de salaires très divergents. Le salaire semble constituer l'un des points les plus importants des matières protégées par la directive, dans la mesure où il conditionne le pouvoir d'achat des travailleurs et partant, leur niveau de vie. De fortes implications en résultent, aussi bien pour le salarié détaché, que pour son employeur et pour l'entreprise dans laquelle il exécute sa prestation (1). En l'absence d'une telle réglementation, les conséquences auraient été toutes autres (2).

#### 1) Les implications d'un tel régime

Selon la directive 96/71, peu importe la loi applicable à la relation de travail, « les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires »<sup>47</sup> de l'Etat d'exécution de la prestation du salarié détaché s'appliquent à ce dernier. C'est la consécration du principe de l'application de la loi de l'Etat d'accueil (ci-après « principe de l'Etat

---

<sup>47</sup> Article 3 § 1 c) de la directive 96/71.

d'accueil ») en matière de salaire. Mais cette consécration se limite au salaire minimum, plancher en deçà duquel il est interdit de rémunérer un salarié<sup>48</sup>.

Aux termes de cette disposition, une entreprise de travail temporaire établie en Pologne peut détacher pour une durée déterminée des travailleurs intérimaires polonais pour effectuer une prestation de services dans une entreprise française – une usine fabriquant des fils électriques dans les Yvelines par exemple<sup>49</sup> -, prestation pour laquelle les salariés détachés polonais seront rémunérés au salaire minimum français<sup>50</sup>, au moins<sup>51</sup>.

L'application du salaire minimal de l'Etat d'accueil présente un avantage important pour le salarié détaché. En effet, il fait l'objet d'une protection notable puisque, pendant la durée de son détachement dans le pays du lieu d'exécution de la prestation, il bénéficiera du même salaire minimum qu'un travailleur national. Il échappera ainsi au salaire qui lui aurait été versé dans son pays d'origine, souvent plus faible. Rappelons à titre d'exemple que le salaire minimum polonais représente moins de 250 € bruts par mois contre environ 1445,38 € par mois en France<sup>52</sup>.

Pour l'employeur en revanche, l'application du principe de l'Etat d'accueil en matière de salaire peut s'apparenter à une contrainte. En effet, les salariés polonais détachés en France demeurent sous la subordination juridique de leur employeur polonais qui se devra de leur appliquer le SMIC français. Non seulement l'employeur devra nécessairement s'informer sur

---

<sup>48</sup> G. AUZERO, E. DOCKES et J. PELISSIER, *Droit du travail*, Précis, Dalloz, édition 2013, p. 916.

<sup>49</sup> Pour un exemple concret : [http://www.lemonde.fr/emploi/article/2013/12/19/les-travailleurs-detaches-rentables-et-malleables\\_4334146\\_1698637.html](http://www.lemonde.fr/emploi/article/2013/12/19/les-travailleurs-detaches-rentables-et-malleables_4334146_1698637.html)

<sup>50</sup> Salaire minimum interprofessionnel de croissance (SMIC) : 9,53 Euros bruts par heures en janvier 2014.

<sup>51</sup> Voir ci-après : Partie 1, Section 1, § 2, A), 2)

<sup>52</sup>

[http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics\\_explained/index.php?title=File:Minimum\\_wages,\\_January\\_2014\\_\(1\)\\_\(EUR\\_per\\_month\)\\_YB14\\_II.png&filetimestamp=20140211175302](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php?title=File:Minimum_wages,_January_2014_(1)_(EUR_per_month)_YB14_II.png&filetimestamp=20140211175302)

Notons d'ailleurs que même si partir travailler dans un autre Etat membre peut engendrer quelques signes d'appréhension chez le salarié détaché qui fera face à un certain nombre de nouveautés : nouveau pays, nouvelle culture, nouveaux collègues ou encore langue étrangère..., la possibilité d'accéder à un salaire supérieur à celui perçu habituellement peut susciter une nouvelle motivation.

le montant du salaire à verser<sup>53</sup>, mais il sera surtout confronté à l'obligation de verser des salaires plus élevés que ceux pratiqués habituellement dans son pays d'établissement. Ceci peut certes avoir un effet dissuasif, mais le détachement a vocation à être temporaire, d'autant plus que l'employeur pourra tout de même bénéficier d'avantages sociaux considérables<sup>54</sup>. En outre, si le détachement a lieu en dehors de la zone Euro, il reviendra également à l'employeur de tenir compte du taux de change<sup>55</sup>.

Pour l'Etat d'exécution de la prestation, l'application du taux de salaire minimum permet de niveler la concurrence entre la main d'œuvre locale et la main d'œuvre détachée. En effet, si les coûts salariaux des salariés détachés venant d'un autre Etat membre sont aussi élevés que ceux attachés à la main d'œuvre locale, les risques de distorsion de concurrence sont amoindris.

Malgré cela, le recours au détachement peut encourager les volontés protectionnistes, voire faire poindre des idées xénophobes. Certains partis politiques – d'extrême droite notamment – accusent le détachement de « tuer les emplois français »<sup>56</sup>, en favorisant l'embauche, même à durée limitée, de salariés étrangers. Marine Le Pen dénonce ainsi une Europe « ultra libérale » et « antisociale » qui a donné naissance à un « texte criminel » : la directive détachement<sup>57</sup>. C'est pourquoi, elle réclame l'annulation pure et simple de ce texte, dans le but d'éviter la spoliation des emplois des travailleurs français par les travailleurs « low cost » détachés en France.

---

<sup>53</sup> Des sites d'informations (traduits en plusieurs langues européennes) sont présents sur le web pour faciliter la tâche. Pour un exemple : <http://www.eurodetachement-travail.eu/>

<sup>54</sup> Les règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale posent le principe du pays d'origine en matière de charges sociales :

Article 12 § 1 du règlement R883/2004 : « La personne qui exerce une activité salariée dans un État membre pour le compte d'un employeur y exerçant normalement ses activités, et que cet employeur détache pour effectuer un travail pour son compte dans un autre État membre, demeure soumise à la législation du premier État membre, à condition que la durée prévisible de ce travail n'excède pas vingt-quatre mois et que cette personne ne soit pas envoyée en remplacement d'une autre personne détachée ».

<sup>55</sup> Dans le cas d'un détachement sur le territoire britannique, par exemple.

<sup>56</sup> Pour un exemple : <http://www.frontnational.com/videos/le-detachement-des-travailleurs-tue-lemploi-des-salaries-francais/>

<sup>57</sup> [http://www.lemonde.fr/europeennes-2014/article/2014/04/16/europe-marine-le-pen-et-le-texte-criminel-sur-les-travailleurs-detaches\\_4402325\\_4350146.html](http://www.lemonde.fr/europeennes-2014/article/2014/04/16/europe-marine-le-pen-et-le-texte-criminel-sur-les-travailleurs-detaches_4402325_4350146.html)

En outre, même si la directive détachement s'applique à l'échelle de l'UE, l'obligation de salaire minimum s'impose également aux entreprises établies dans un pays tiers. Elles ne peuvent ainsi bénéficier de dispositions plus favorables que les entreprises établies au sein de l'UE<sup>58</sup>.

En l'absence de protection du salaire minimum assuré par le noyau dur de la directive, d'autres solutions auraient pu être envisagées.

## 2) Les conséquences d'un autre scénario

A la question de savoir quelle est la loi applicable au salarié détaché - loi qui permettra ensuite de déterminer quel est le salaire que celui-ci pourra percevoir - c'est, initialement, la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles<sup>59</sup> qui est en mesure d'apporter une réponse. Celle-ci s'applique aux contrats conclus après le 1<sup>er</sup> avril 1991. Mais pour les contrats conclus à partir du 17 décembre 2009, c'est le règlement dit « Rome I »<sup>60</sup> qui prend le relais. En tout état de cause, ces deux textes consacrent un article spécifique dédié au contrat de travail international<sup>61</sup>. Il offre plusieurs options.

Les parties ont dans un premier temps la possibilité de choisir la loi applicable au contrat. Le problème est que dans un contrat de travail, étant subordonné à son employeur, le salarié apparaît comme une partie faible. Pour rééquilibrer le rapport, il a été prévu que ce choix de loi ne puisse dégrader la situation du travailleur, situation qui sera déterminée à partir de la loi applicable à défaut de choix<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Considérant n°12 de la directive 96/71.

<sup>59</sup> Convention 80/934/CEE sur la loi applicable aux obligations contractuelles, ouverte à la signature à Rome le 19 juin 1980, JO n° L 266 du 9 octobre 1980.

<sup>60</sup> Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dit « Rome I », JO n° L 177 du 4 juillet 2008.

<sup>61</sup> Article 6 de la convention de Rome et article 8 du règlement Rome I.

<sup>62</sup> Article 6 § 1 de la convention de Rome et article 8 § 1 du règlement Rome I.

Cette première option offre une certaine protection au salarié puisque même si l'employeur choisit la loi applicable au contrat, celle-ci ne pourra aller à l'encontre des dispositions impératives plus favorables prévues par la loi nationale applicable à défaut de choix, c'est-à-dire la loi du lieu d'exécution habituelle de la prestation. En d'autres termes, le choix de l'employeur ne peut affecter la situation du salarié. Pour autant, cette protection manque de précision : quelles sont ces dispositions impératives à respecter ? Le salaire en fait-il partie ? Face à un tel flou laissé par la convention et le règlement en matière de loi applicable aux contrats, la directive 96/71 permet de clarifier les choses concernant la situation du salarié détaché. En effet, la liste des « dispositions impératives » à respecter est matérialisée par le noyau dur à respecter, lequel comprend le salaire minimal.

A défaut de choix opéré par les parties au contrat de travail, la loi applicable est celle du lieu d'exécution habituelle de la prestation, ou du lieu d'embauche, ou encore la loi du lieu avec lequel le contrat de travail présente les liens les plus étroits<sup>63</sup>. Le salaire qui sera versé au salarié détaché sera donc souvent celui déterminé dans son pays d'origine. Le salarié sera alors susceptible d'exécuter sa prestation de travail dans un Etat où les conditions de travail et d'emploi (et les salaires) sont plus élevés que dans son Etat d'origine, tout en restant soumis à son salaire originel.

Certes, le salarié ne bénéficie que d'une protection moindre, c'est-à-dire celle assurée par sa loi d'origine, mais il s'agit là d'un important avantage pour l'employeur qui peut détacher son salarié dans un autre Etat, tout en le rémunérant comme s'il exécutait son travail « à domicile ». L'Etat d'accueil, quant à lui, peut alors bénéficier d'une main d'œuvre moins chère que la main d'œuvre locale, puisqu'elle demeure rémunérée à un prix inférieur aux coûts salariaux pratiqués dans l'Etat d'exécution de la prestation.

En revanche, cette différence de coûts salariaux entre main d'œuvre locale et étrangère, bon marché, pourrait faire naître un problème de concurrence déloyale. Dans une période où le chômage est en constante hausse, privilégier la main d'œuvre étrangère moins chère peut susciter de vives contestations, des réactions protectionnistes et une montée de la xénophobie au sein de la population locale qui en pâtit.

---

<sup>63</sup> Article 8 du règlement Rome I et article 6 de la convention de Rome.

Enfin, la convention de Rome<sup>64</sup> prévoit que les règles de police d'une autre loi, en l'occurrence celle de l'Etat membre de détachement, peuvent s'appliquer concurremment avec la loi déclarée applicable. Mais encore une fois, ces lois de police<sup>65</sup> ne sont pas précisées par la convention, alors que la directive « détachement » désigne ces règles, par l'intermédiaire du noyau dur, dans les situations de détachement transnational.

Les solutions offertes par la convention de Rome et le règlement Rome I auraient donc tendance à consacrer le principe du pays d'origine ; les salaires versés aux salariés détachés auraient été ceux qu'ils perçoivent dans l'Etat où ils exercent habituellement leur travail.

Mais comme le précise explicitement la convention de Rome<sup>66</sup>, dans les matières spécifiques, et notamment concernant la question du salarié détaché, la priorité est laissée à la législation communautaire, et donc à la directive 96/71.

Dans le champ d'application de la directive, pour certaines dispositions dont le salaire, c'est bel et bien le principe du pays d'accueil qui est consacré et qui confère une protection accrue au salarié, notamment en matière de salaire minimum<sup>67</sup>.

La solution aurait été tout autre si l'on avait appliqué la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur<sup>68</sup>. Cette dernière, plus communément appelée directive « services » ou Bolkestein (du nom de son instigateur), a en effet pour but de faciliter la liberté d'établissement et la libre prestation

---

<sup>64</sup> Article 7 de la convention de Rome, repris à l'article 9 du règlement Rome I.

<sup>65</sup> Il convient d'entendre cette expression comme visant « des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à toute rapport juridique localisé dans celui-ci ». – CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade et Leloup*, affaire C-396/96, point 30. Voir notamment : Y. LOUSSOUARN, P. BOUREL, P. DE VAREILLES-SOMMIERES, *Droit international privé*, Précis, Dalloz, 10<sup>e</sup> édition, 2013, p. 154.

<sup>66</sup> Article 20 de la convention de Rome : « La présente convention ne préjuge pas l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes ».

<sup>67</sup> Une autre mention de cette consécration se trouve au considérant n° 13 de la directive 96/71.

<sup>68</sup> Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil, du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur, JO n° L 376 du 27 octobre 2006.

de services entre Etats membres et Etats tiers et au sein même des Etats membres, tout en promouvant la qualité des services. Le principe consiste dans le libre accès à l'activité de service et son libre exercice sur le territoire d'un Etat membre. L'Etat d'exécution de la prestation de service ne peut alors imposer le respect de sa propre réglementation qu'à partir du moment où elle est non-discriminatoire, proportionnée et justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique, de santé publique ou de protection de l'environnement<sup>69</sup>.

Si l'on s'en tenait à ce principe, cela signifierait que le salarié détaché demeurerait soumis aux conditions de travail et d'emploi – et donc au salaire – de l'Etat d'exécution de sa prestation temporaire, à moins que celles-ci soient discriminatoires, non proportionnées et injustifiées ; l'interprétation étant laissée à la libre appréciation des juges.

Ce n'est pourtant pas ce qui a été retenu. L'article 17 § 2 de la directive « services » exclut expressément le détachement des travailleurs du champ d'application de ladite directive<sup>70</sup>. Le salarié détaché échappe donc au principe de la directive « services » et se retrouve uniquement sous l'empire de la directive « détachement »<sup>71</sup>.

Une autre solution plus radicale aurait pu être adoptée et aurait permis d'assurer une véritable protection au salarié détaché : l'application du principe de l'Etat d'accueil. S'il avait été envisagé, au même titre que le travailleur migrant, sous l'angle de l'article 45 du TFUE, le salarié détaché aurait pu bénéficier du même traitement que les citoyens du pays d'accueil en ce qui concerne l'accès à l'emploi, les conditions de travail et tout autre avantage social ou fiscal. En somme, le salarié aurait bénéficié d'une véritable égalité de traitement avec les travailleurs nationaux.

En revanche, retenir une telle solution aurait été très dissuasif pour l'employeur. Rappelons que le détachement a vocation à couvrir une durée limitée. Or envoyer pendant un court laps de temps ses salariés pour effectuer une prestation dans un autre Etat, sans pouvoir bénéficier d'aucun avantage mais au contraire, en devant supporter des coûts plus élevés, n'aurait plus

---

<sup>69</sup> Article 16 de la directive 2006/123/CE.

<sup>70</sup> Article 17 de la directive 2006/123/CE : « L'article 16 ne s'applique pas: [...] 2) aux matières couvertes par la directive 96/71/CE [...] ».

<sup>71</sup> Voir notamment : L. DRIGUEZ, *Le détachement des travailleurs après la directive sur les services*, Europe n°6 2007, p. 35.

aucun intérêt pour l'employeur. D'autant plus qu'imposer de telles contraintes à la libre prestation de services serait sanctionné en application de l'article 56 du TFUE.

Le noyau dur de la directive semble ainsi constituer un bon compromis, aussi bien pour le salarié détaché qui bénéficie d'une protection accrue (de son salaire minimum notamment), pour l'employeur qui demeure avantagé et les Etats concernés qui échappent aux distorsions de concurrence. Pour autant, au sein même de l'article 3 de la directive 96/71, des dérogations à l'application du noyau dur sont permises, ce qui nous amène à nous questionner sur le champ d'application de ce noyau dur.

## **B) L'applicabilité du noyau dur**

Le noyau dur pose une liste limitative de sept matières dans lesquelles les dispositions minimales de l'Etat dans lequel sont détachés les salariés doivent s'appliquer. Pour autant, certains domaines peuvent faire l'objet de dérogations : il est possible de ne pas les appliquer, et c'est notamment le cas du salaire minimal (1).

Mais s'il est possible de retirer, en quelque sorte, des matières de ce noyau dur, est-il possible d'en ajouter pour autant (2) ?

### 1) La souplesse du noyau dur

Les articles 3 § 2, 3 § 3, 3 § 4 et 3 § 5 de la directive « détachement » prévoient des dérogations à l'application du noyau dur, notamment en matière de salaires minimaux.

Si celles-ci ont été introduites au sein de la directive, c'est pour poursuivre l'idée de compromis entre d'un côté, la protection des travailleurs détachés, et de l'autre les avantages que peuvent en tirer les employeurs<sup>72</sup>. Ce noyau dur prend en quelque sorte la forme d'un compromis « donnant/donnant ». En effet, ce socle minimal est instauré pour garantir aux salariés le bénéfice des règles minimales du pays d'exécution de la prestation, mais dans certaines situations spécifiques, il pourra être dérogé à ces règles minimales en ce qui concerne la durée des congés annuels payés et les taux de salaires minimaux.

---

<sup>72</sup> MA. MOREAU, *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, JDI 1996, p. 889.



Une première dérogation pouvant être qualifiée de générale est posée à l'article 3 § 2 : les salaires minimaux du pays de détachement ne s'appliquent pas « dans le cas de travaux de montage initial et/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 les travailleurs qualifiés et/ou spécialisés de l'entreprise de fourniture », et ce lorsque la durée du détachement n'excède pas huit jours.

Cette première dérogation est soumise à deux conditions, l'une de durée et l'autre relative aux types de travaux effectués. En effet, des biens ne peuvent être utilisés que lorsque ceux-ci sont aptes à l'être. Or, pour les rendre aptes, certains nécessitent un montage spécifique que seule l'entreprise qui fournit le bien est susceptible d'effectuer. Des travailleurs peuvent alors être envoyés auprès de l'entreprise destinataire du bien pour s'adonner au montage ; durant ce temps-là, les règles relatives au salaire minimal ne s'appliquent pas puisque le travailleur n'est là que pour une mission bien spécifique et éphémère : rendre apte à l'utilisation le produit concerné. Cela dit, le secteur de la construction est exclu de cette dérogation.

Les autres dérogations qui figurent aux articles 3 § 3, 3 § 4 et 3 § 5 sont facultatives, comme le montre la formulation retenue (« Les Etats membres peuvent... »). En effet, la directive leur donne la possibilité de se soustraire à l'obligation de respecter le taux de salaire minimal du pays de détachement lorsque la durée de ce détachement n'excède pas un mois et en cas de travaux de faible ampleur. La directive renvoie aux Etats membres le soin de fixer les modalités de ce que l'on peut entendre par « travaux de faible ampleur ».

Enfin, les Etats membres peuvent déroger à l'application du salaire minimal pour un ou plusieurs secteurs d'activités lorsque cela est prévu par une décision législative, réglementaire ou administrative ou par une convention collective, si la durée du détachement n'est pas supérieure à un mois. On retrouve ici les deux conditions relatives d'une part à la durée très limitée et d'autre part, aux types de travaux effectués.

En pratique, la France et l'Allemagne, par exemple, n'ont mis en œuvre que la première dérogation, leur but premier étant de protéger leurs entreprises locales de la concurrence des autres pays à faible protection sociale. En revanche, la Grande Bretagne et le Portugal se sont

prévalus des autres dérogations, ce qui s'explique par le fait que ce sont des pays dans lesquels l'exportation de services occupe une grande place<sup>73</sup>.

Ces dérogations présentent bien entendu un avantage considérable pour l'employeur qui, le temps de ces détachements de courte durée, n'est pas soumis aux obligations du pays d'accueil en termes de salaire minimal. Mais pour les salariés détachés, ils ne peuvent bénéficier que de la protection qui leur est offerte par le biais de leur loi nationale alors même qu'ils travaillent dans un autre Etat. Certes, cette atteinte est amoindrie par la spécificité des situations (courte durée, secteur de la construction écarté...), mais le fait est que ceux-ci seront privés de l'opportunité de bénéficier des salaires minimaux en vigueur dans le pays dans lequel ils effectueront leurs prestations. D'autant plus que ces dérogations peuvent conduire à certaines dérives, telles que des détachements de courte durée à répétition puisqu'aucune limite quantitative n'est posée. En outre, le fait de laisser aux Etats membres une marge de manœuvre considérable pour définir la notion de « travaux de faible ampleur » laisse place à l'insécurité. Des travaux pourront être considérés comme étant de faible ampleur dans certains Etats, alors que ce ne sera pas le cas dans d'autres.

En somme, ces dérogations privent, dans certaines situations, le noyau dur d'une partie de ces matières impératives dans lesquelles doivent être appliquées les règles en vigueur dans le pays du lieu d'exécution de la prestation. Le noyau dur peut donc être réduit. La question se pose également de savoir si celui-ci peut être élargi.

## 2) La difficulté d'élargir le « noyau dur »

Les Etats membres qui accueillent de nombreux salariés détachés (Allemagne, France et Belgique notamment)<sup>74</sup> ont exprimé la volonté de « durcir » le noyau dur pour, d'une part,

---

<sup>73</sup> M.A. MOREAU, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation – Confrontation et mutation*, A droit ouvert, Dalloz, 2006, p. 298.

<sup>74</sup> L'Allemagne est le premier pays d'accueil avec 311 000 travailleurs détachés en 2011. La France prend la deuxième place avec 144 411 travailleurs détachés en 2011, suivie de près par la Belgique qui comptait 125 000 salariés détachés en 2011. (Chiffres relevés par le sénateur Éric Bocquet dans son rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs du 18 avril 2013).

protéger les travailleurs détachés et leur permettre de bénéficier de garanties renforcées dans l'application du droit du pays d'accueil mais aussi, d'autre part, lutter contre les effets du dumping social et les distorsions de concurrence qui naissent entre la main d'œuvre locale et la main d'œuvre détachée.

La directive « détachement » abrite deux dispositifs qui pourraient avoir vocation à durcir ce noyau dur.

Dans un premier temps, il s'agit de l'article 3 § 7 de la directive : « Les paragraphes 1 à 6 ne font pas obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs. [...] ». Cet article s'apparente à une clause de faveur, comme celle prévue à l'article 153 § 4 du TFUE<sup>75</sup>.

Littéralement, cette disposition permettrait alors aux Etats membres d'accueil d'appliquer des conditions d'emploi et de travail plus favorables que celles prévues dans le noyau dur de la directive aux salariés détachés. Par extension, cela signifierait notamment qu'il serait possible de verser aux salariés détachés des salaires plus élevés que le seul taux minimum. C'est ce que font pour la plupart les entreprises des Etats les plus prospères de l'UE lorsqu'elles détachent dans un autre Etat membre leurs cadres ou salariés les plus qualifiés<sup>76</sup>. Une large marge de manœuvre semble ici accordée aux Etats membres qui ont la possibilité d'opter pour que soit offert davantage que le minimum imposé par la directive aux salariés détachés.

Pourtant, la Cour de justice de l'UE semble retenir une autre interprétation de cette disposition. Pour elle, « l'article 3 § 7 de la directive 96/71 ne saurait être interprété en ce sens qu'il permet à l'Etat membre d'accueil de subordonner la réalisation d'une prestation de services sur son territoire à l'observation de conditions de travail et d'emploi allant au-delà des règles impératives de protection minimale. En effet, pour ce qui est des matières visées à son article 3 § 1, premier alinéa, sous a) à g), la directive 96/71 prévoit expressément le degré de protection dont l'Etat membre d'accueil est en droit d'imposer le respect aux entreprises établies dans d'autres Etats membres en faveur de leurs travailleurs détachés sur son territoire

---

<sup>75</sup> M. SCHMITT, *Droit du travail de l'Union Européenne*, Larcier, 2012, p. 174.

<sup>76</sup> Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur le détachement des travailleurs, et présenté par Madame la députée Anne Grosmerch le 8 février 2011 à l'Assemblée nationale.

»<sup>77</sup>. Elle ajoute qu'une interprétation telle que celle envisagée plus haut, aurait pour conséquence de priver d'effet utile la directive. La même analyse est reprise par la suite dans l'arrêt *Rüffert*<sup>78</sup>.

En d'autres termes, selon la Cour de justice, les travailleurs ne pourraient faire l'objet que d'une protection minimale. Les entreprises des Etats membres d'accueil ne pourraient alors verser aux salariés détachés sur leur territoire davantage que le salaire minimum du pays ; si elles versaient plus, elles priveraient d'effet la directive puisque contreviendraient à la libre prestation de services. La Cour de justice ne consent au salarié détaché qu'une protection limitée, pour favoriser l'exercice des libertés économiques fondamentales.

Comment les salariés peuvent-ils alors bénéficier de règles sociales plus favorables, et surtout d'un salaire plus favorable que le simple salaire minimum ? Selon la Cour dans l'arrêt *Rüffert*<sup>79</sup>, il existe encore deux possibilités : soit les salariés détachés se voient appliquer les règles sociales plus favorables de leur État d'origine, soit l'entreprise adhère volontairement à la convention collective plus favorable de l'État d'accueil<sup>80</sup>. La possibilité de bénéficier de conditions de travail plus favorables dépend donc du bon vouloir de l'entreprise, ou des règles de droit du travail du pays dans lequel le salarié exerce habituellement. Il s'agit là de deux critères bien incertains, d'autant plus que pour le second, la plupart des salariés détachés sont issus de pays où les conditions de travail et d'emploi sont mauvaises, ce qui les rend attractifs pour d'autres pays plus rigides en matière de normes sociales.

Dans un second temps, l'article 3 § 10 de la directive 96/71<sup>81</sup> offre deux autres types d'extensions du noyau dur, soumises à conditions.

---

<sup>77</sup> CJCE, 18 décembre 2007 (Grande chambre), *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, affaire C-341/05, point 80.

<sup>78</sup> CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert*, affaire C-346/06, point 33.

<sup>79</sup> Voir notamment : N. MOIZARD, *La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services : un « noyau dur » protecteur ?*, Droit social 2008, p. 866.

<sup>80</sup> CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert*, affaire C-346/06, point 34.

<sup>81</sup> Article 3§10 de la directive 96/71 : « La présente directive ne fait pas obstacle à ce que les États membres, dans le respect du traité, imposent aux entreprises nationales et aux entreprises d'autres États, d'une façon égale :

- des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles visées au paragraphe 1 premier alinéa, dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public;

Selon le second tiret, les Etats membres ont la possibilité d'ouvrir le noyau dur à d'autres secteurs que le seul secteur de la construction (visé à l'annexe de ladite directive). C'est par exemple le choix fait par la France. En effet, à l'article L. 1262-4 du Code du travail, il est expressément précisé que « les employeurs détachant temporairement des salariés sur le territoire national [français] sont soumis aux dispositions légales et aux stipulations conventionnelles applicables aux salariés employés par les entreprises de la même branche d'activité établies en France, en matière de législation du travail [...] ». La France va donc au-delà du champ *ratione materiae* prévu par l'article 3 § 1 de la directive « détachement » – qui comprend le seul secteur de la construction -, conformément à l'habilitation prévue au second tiret de l'article 3 § 10. Cette démarche française peut s'expliquer par le fait que la plupart des salaires minimums sont prévus conventionnellement. La même démarche a été suivie par l'Autriche, la Belgique, la Finlande, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg et le Portugal. En revanche, les Pays Bas n'ont prévu aucune extension. Quant au Danemark, au Royaume-Uni et à la Suède, dans la mesure où aucun système de déclaration d'application générale des conventions collectives n'existe dans ces Etats, la disposition n'a pas non plus vocation à s'appliquer<sup>82</sup>. Evidemment, appliquer ce noyau dur de règles applicables à tous les secteurs d'activités constitue une base de protection importante pour les salariés détachés sur les territoires ayant recouru à l'article 3 § 10 tiret 2, mais cette extension du noyau dur repose encore une fois sur la volonté des Etats membres ; rien n'est obligatoire. Si ceux-ci décident d'étendre le champ d'application du noyau dur au-delà du seul secteur de la construction, le salarié détaché bénéficiera d'une protection efficace dans de nombreux secteurs mais si l'Etat membre n'opte pas pour cette voie, le noyau dur restera confiné au seul secteur de la construction. Rappelons d'ailleurs que cette possibilité n'est ouverte que pour les conventions collectives telles que définies à l'article 3 § 8, c'est à dire les conventions collectives d'application générale. Or en l'absence d'un tel système d'application générale, la question ne se pose même pas. C'est ainsi qu'en Allemagne, certains secteurs couverts par des conventions collectives d'application générale bénéficient de la protection assurée par le

- 
- des conditions de travail et d'emploi fixées dans des conventions collectives ou sentences arbitrales au sens du paragraphe 8 et concernant des activités autres que celles visées à l'annexe ».

<sup>82</sup> Rapport d'information n° 3150 en date du 8 février 2011 déposé par la Commission des affaires européennes sur le détachement des travailleurs et présenté par Madame la députée Anne Grommerch.

noyau dur (tailleurs de pierres et sculpteurs sur pierre ou artisans électricien par exemple), alors que d'autres non (secteur de la découpe de viande jusqu'en 2014 par exemple)<sup>83</sup>.

Selon le premier tiret de l'article 3 § 10, les Etats membres ont également la possibilité d'ouvrir le noyau dur à d'autres matières que les sept matières citées expressément par la directive, à condition qu'il s'agisse de dispositions d'ordre public. Mais pour évaluer l'efficacité et le bien-fondé de cette possibilité, encore faut-il clarifier le champ d'application des autres titres de protection de l'article 3 § 1 de la directive, et notamment en ce qui nous concerne, définir ce que l'on entend par la notion de « salaire minimal ». L'option suggérée à l'article 3 § 10 de la directive 96/71 a été suivie par la France. Dans l'article L. 1262-4 du Code du travail, sont mentionnés dix thèmes parmi lesquels on compte les sept domaines cités par la directive, et d'autres que sont : « les libertés individuelles et collectives dans la relation de travail », « l'exercice du droit de grève », le « travail illégal », les « conditions de mise à disposition et garanties dues aux salariés par les entreprises exerçant une activité de travail temporaire » et les « conditions d'assujettissement aux caisses de congés et intempéries ». La Belgique, la Grèce et l'Espagne ont opté pour le même choix que la France afin de bénéficier d'un champ plus large que celui offert par la directive<sup>84</sup>.

Les éléments qui conditionnent l'extension des matières du socle minimal posé par la directive sont les dispositions d'ordre public. Mais qu'entend-t-on par l'expression « dispositions d'ordre public » ?

Dans sa communication de 2003<sup>85</sup>, la Commission rappelle que, dans la déclaration 10 du Conseil et de la Commission rendue au moment de l'adoption de la directive 96/71, les dispositions d'ordre public étaient entendues comme des « dispositions obligatoires à l'égard desquelles on ne peut pas déroger et qui, par leur nature et leur objectif, répondent aux exigences impératives de l'intérêt public ». A titre d'exemple étaient mentionnées l'interdiction du travail forcé ou l'implication d'autorités publiques dans la surveillance du

---

<sup>83</sup> [www.zoll.de/FR/Entreprises/Travail/Employeurs-etablis-hors-Allemagne-detachement/Conditions-de-travail-minimales/Salaire-minimum/salaire-minimum\\_node.html](http://www.zoll.de/FR/Entreprises/Travail/Employeurs-etablis-hors-Allemagne-detachement/Conditions-de-travail-minimales/Salaire-minimum/salaire-minimum_node.html)

<sup>84</sup> Rapport d'information n° 3150 en date du 8 février 2011 déposé par la Commission des affaires européennes sur le détachement des travailleurs et présenté par Madame la députée Anne Grommerch – précité.

<sup>85</sup> Communication du 25 juillet 2003 de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au comité économique et social et au comité des régions (COM2003 458 final) sur la mise en œuvre de la directive 96/71/CE dans les États membres.

respect de la législation concernant les conditions de travail. Cependant, la Commission précise également que les Etats membres ne peuvent pas décider que n'importe quelle disposition constitue une disposition d'ordre public, puisqu'il leur appartient de respecter les règles des Traités et notamment la libre prestation de services. Or plus nombreuses sont les dispositions d'ordre public, plus nombreux sont les obstacles à la libre prestation de services. La Cour de justice s'est également prononcée sur la question dans un arrêt *Commission contre Luxembourg* de 2008 dans lequel la Commission reprochait au Luxembourg d'avoir eu recours massivement à l'ordre public pour étendre le socle minimal applicable aux salariés détachés à 14 thèmes, dont l'un nous concerne particulièrement : « l'adaptation automatique de la rémunération à l'évolution du coût de la vie »<sup>86</sup>. Jusqu'où s'étend la compétence de l'Etat membre pour désigner les dispositions d'ordre public qui peuvent être imposées à l'entreprise qui détache et qui peuvent ainsi déroger aux libertés économiques ?

La Cour rappelle alors que la définition de l'ordre public au sens de la directive se limite aux « dispositions dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'Etat membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci »<sup>87</sup>, définition préalablement posée dans un arrêt *Arblade et Leloup*<sup>88</sup> et que l'on retrouve désormais au sein du règlement Rome I<sup>89</sup>. Il s'agit d'une définition autonome du droit de l'UE, et en ce sens, les Etats membres ne peuvent pas définir eux-mêmes ce qu'est l'ordre public<sup>90</sup>. Enfin, lorsque les Etats membres invoquent l'ordre public pour élargir le noyau dur, ceux-ci doivent le faire dans le respect du Traité, et plus spécifiquement en n'apportant aucun obstacle au jeu de la libre prestation de services<sup>91</sup>.

---

<sup>86</sup> CJCE, 19 juin 2008, *Commission contre Grand-Duché du Luxembourg*, C-319/06.

Pour plus de précisions : JP. LHERNOULD, *Actualité de la jurisprudence communautaire et internationale - Directive 96/71 sur le détachement transnational des travailleurs : le concept d'ordre public sous étroite surveillance*, RJS octobre 2008, p. 765.

<sup>87</sup> CJCE, 19 juin 2008, *Commission c/ Grand-Duché du Luxembourg*, affaire C-319/06, point 29.

<sup>88</sup> CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade et Leloup*, affaires jointes C-369/96 et C-376/96 ; M. FALLON, *Note sous arrêt*, RCDIP 2000, p. 710.

<sup>89</sup> Article 9 § 1 du règlement Rome I.

<sup>90</sup> CJCE, 19 juin 2008, *Commission c/ Grand-Duché du Luxembourg*, affaire C-319/06, point 30.

<sup>91</sup> CJCE, 19 juin 2008, *Commission c/ Grand-Duché du Luxembourg*, affaire C-319/06, point 33.

C'est ainsi qu'en l'occurrence, la Cour de Luxembourg démontre que la mesure qui consistait à adapter automatiquement la rémunération à l'évolution du coût de la vie avait certes vocation à protéger les travailleurs mais n'était pas nécessaire, ni proportionnée au but poursuivi – la sauvegarde de l'organisation politique, sociale, économique de l'Etat – pour autant<sup>92</sup>. Elle précise en outre que « l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société »<sup>93</sup>.

La Cour fait passer un strict test d'ordre public aux mesures ajoutées au noyau dur de la directive et retient une conception restrictive de la possibilité d'ouverture mentionnée au paragraphe 10 de l'article 3, premier tiret de la directive détachement. Le test consiste en deux phases : dans un premier temps, démontrer l'existence d'un objectif d'ordre public dans les dispositions autres que celles prévues par le noyau dur de la directive, et dans un second temps, démontrer que ces dispositions sont nécessaires et proportionnées à la poursuite de l'objectif visé<sup>94</sup>. La Cour de justice impose ainsi un contrôle au cas par cas des dispositions dont les Etats se prévalent, en vertu de l'ordre public, pour élargir le noyau dur.

Le noyau dur a certes pour but de protéger le travailleur mais cette protection ne semble s'étendre qu'aux salaires minimaux, à partir du moment où ceux-ci sont prévus selon des modalités spécifiques.

## **§ 2. Une protection du salaire soumise à conditions**

Selon la directive « détachement », sont applicables aux salariés détachés les salaires minimaux du lieu d'exécution de la prestation, à condition que ceux-ci soient prévus par un dispositif législatif ou conventionnel (A).

A défaut, la directive reconnaît une possibilité pour les Etats membres de se prémunir d'un « système palliatif » (B).

---

<sup>92</sup> CJCE, 19 juin 2008, *Commission c/ Grand-Duché du Luxembourg*, affaire C-319/06, point 52.

<sup>93</sup> CJCE, 19 juin 2008, *Commission c/ Grand-Duché du Luxembourg*, affaire C-319/06, point 50.

<sup>94</sup> L. DRIGUEZ, *Détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services*, Europe n°8 2008, p. 24.



## **A) L'existence d'un dispositif légal, réglementaire ou administratif**

Pour que le salaire minimum du lieu de détachement soit applicable au salarié détaché, celui-ci doit être prévu par un système légal, réglementaire ou administratif (1).

La France en constitue un bon exemple puisqu'elle s'est dotée d'un tel système depuis 1950 (2).

### 1) Le principe

Selon l'article 3 §1 de la directive « détachement », « les États membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises visées à l'article 1er paragraphe 1 garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire les conditions de travail et d'emploi concernant les matières visées ci-après qui, dans l'État membre sur le territoire duquel le travail est exécuté, sont fixées:

— par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives  
et/ou

— par des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale au sens du paragraphe 8, dans la mesure où elles concernent les activités visées en annexe [...] ». Cela signifie que les règles impératives qui forment le noyau dur – dont le salaire minimal – devant être respectées, peuvent être selon une première possibilité, prévues par les législations du pays dans lequel les salariés détachés exécuteront leur prestation. Il peut alors s'agir d'un dispositif légal (voté par les Assemblées législatives), d'un dispositif réglementaire (émanant de l'autorité exécutive) ou encore d'un dispositif administratif (qui relève de l'Administration).

Mais ces matières impératives peuvent également, selon une seconde possibilité, être prévues par un système conventionnel<sup>95</sup>. Et l'utilisation des conjonctions de coordination « et » et « ou » démontrent la possibilité pour l'État membre de détachement de se prémunir soit de l'un ou l'autre des systèmes de mise en place (voie législative OU conventionnelle), soit de cumuler les deux (voie législative ET conventionnelle).

---

<sup>95</sup> Voir Partie 1, Section 1, B), 1)

La France est un cas emblématique de représentation de la possibilité de cumul qu'offre la deuxième option.

## 2) L'exemple français

En France, il existe deux systèmes pour déterminer les salaires. Le salaire minimum visé par la directive 96/71 vise à la fois le SMIC et les minima conventionnels.

D'une part, l'Etat fixe le salaire minimal interprofessionnel légal. Aujourd'hui, il s'agit du SMIC, institué en 1970<sup>96</sup> et faisant suite au SMIG mis en place en 1950<sup>97</sup>. Réglementé aux articles L. 3232-3 et suivants du Code du travail, il représente le taux horaire en-dessous duquel il n'est plus possible de rémunérer un salarié : c'est un plancher. Il s'impose sur l'ensemble du territoire français métropolitain, à tous les salariés quelle que soit la forme de leur rémunération, ce qui lui vaut la dénomination de salaire universel<sup>98</sup>. Partant de là, ce SMIC s'impose aux salariés détachés issus d'autres Etats sur le territoire français pour l'exécution d'une mission temporaire.

Soumis à revalorisations chaque année<sup>99</sup>, le nouveau montant horaire brut est fixé à 9,53 €<sup>100</sup> au 1<sup>er</sup> janvier 2014. Cela signifie qu'un salarié détaché sur le territoire français ne pourra faire l'objet d'une rémunération horaire inférieure à 9,53 €. En cas de non-respect de ce

---

<sup>96</sup> Loi n°70-7 du 2 janvier 1970 portant réforme du salaire minimum garanti et création d'un salaire minimum interprofessionnel de croissance.

<sup>97</sup> Loi n°50-205 du 11 février 1950 relative aux conventions collectives et aux procédures de règlement des conflits collectifs de travail, instaurant le salaire minimum interprofessionnel garanti.

<sup>98</sup> Article L. 3231-1 du Code du travail.

<sup>99</sup> Les règles sur la revalorisation du SMIC figurent aux articles L. 3231-4, L. 3231-5 et L. 3231-6 du Code du travail.

<sup>100</sup> Soit 1 445,38 € bruts mensuels sur la base de la durée légale de 35 heures hebdomadaires.

minimum légal, l'employeur contrevenant pourra être condamné pénalement, comme le prévoit l'article R. 3233-1 du Code du travail<sup>101</sup>.

D'autre part, en France, la détermination des salaires dans leur ensemble se fait par voie d'accords collectifs. A côté du minimum légal imposé par le SMIC, émerge un minimum conventionnel qui résulte de la négociation de branche ; ce dernier pourra ensuite être complété par la négociation d'entreprise<sup>102</sup>. Depuis 1982<sup>103</sup>, la négociation sur les salaires est devenue obligatoire chaque année dans toutes les branches d'activités.

Le salarié détaché sur le territoire français pourra se voir appliquer non seulement le minimum légal, mais aussi le minimum conventionnel fixé par la convention collective de branche à laquelle il appartient, s'il s'avère que celui-ci est plus élevé. C'est une application du principe de faveur, selon lequel lorsque plusieurs règles entrent en concours, c'est la norme la plus favorable au salarié qui doit s'appliquer<sup>104</sup>.

Prenons l'exemple d'un ouvrier roumain détaché sur un chantier alsacien par son employeur établi en Roumanie. Il sera régi par la convention collective nationale des ouvriers de travaux publics du 15 décembre 1992<sup>105</sup> qui a fait l'objet d'un accord régional intitulé « Accord Alsace » le 15 décembre 2011 relatif aux salaires minimaux. Selon l'article premier de cet accord, un ouvrier de niveau 1, position 1 au coefficient 100 perçoit un salaire minimal annuel de 17930 €, ce qui lui revient à 1494,16 € par mois. Si l'on compare ce taux minimum au

---

<sup>101</sup> Article R3233-1 du Code du travail : « Est puni de l'amende prévue pour les contraventions de la cinquième classe, le fait de payer :

1° Des salaires inférieurs au salaire minimum de croissance prévu par les articles L. 3231-1 à L. 3231-12 ;

2° Des rémunérations inférieures à la rémunération mensuelle minimale prévue par l'article L. 3232-1. [...] ».

<sup>102</sup> Selon l'article L. 2242-8 du Code du travail, l'employeur engage chaque année une négociation annuelle obligatoire portant sur les salaires effectifs.

<sup>103</sup> Loi n°82-957 du 13 novembre 1982 relative à la négociation collective et au règlement des conflits collectifs du travail (3<sup>e</sup> loi Auroux).

<sup>104</sup> Le principe de faveur a été érigé par le Conseil d'Etat en principe général du droit du travail dans un arrêt du 22 mars 1973. Il est codifié à l'article L. 2251-1 du Code du travail.

<sup>105</sup> IDCC 1702

SMIC, le minimum conventionnel l'emporte. Le salarié détaché roumain bénéficiera alors du minimum conventionnel puisqu'il s'agit du salaire le plus favorable pour lui.

En outre, un accord négocié au niveau de l'entreprise peut théoriquement prévoir un taux de salaire minimum encore plus favorable que le SMIC et que le minimum prévu par la branche. Par application du principe de faveur, ce devrait alors être le minimum prévu à l'échelle de l'entreprise qui devrait être applicable au salarié détaché dans l'entreprise en question. En réalité, la négociation au niveau de l'entreprise ne porte pas sur les minima, mais sur les salaires réels. De ce fait, comme la loi – issue de la directive 96/71 - n'impose que l'application des taux de salaires minimums aux détachés, l'employeur n'est pas obligé de lui appliquer le taux prévu par accord d'entreprise, mais peut se contenter de se conformer au minimum conventionnel. Cela laisse poindre le problème de la différence de traitement au niveau des salaires entre les travailleurs détachés et les nationaux qui pourtant effectuent la même prestation de travail, sur un même lieu de travail<sup>106</sup>.

Si la France constitue l'exemple emblématique du double système où s'appliquent les minima légaux et conventionnels, d'autres Etats<sup>107</sup> ont opté pour un autre dispositif, fruit de la négociation uniquement.

### **B) La présence d'un dispositif conventionnel d'application générale ou la mise en œuvre d'un « système palliatif »**

Pour que le salaire minimum applicable puisse être imposé par une convention collective, celle-ci doit faire l'objet, selon la directive « détachement », d'une déclaration d'application générale ou, à défaut, poursuivre un effet général ou avoir été conclue par les organisations syndicales les plus représentatives (1).

A défaut, intervient un dispositif palliatif, sous conditions (2).

---

<sup>106</sup> Voir Partie 2, Section 2

<sup>107</sup> C'est le cas de l'Allemagne, de l'Autriche, de Chypre, du Danemark, de la Finlande, de l'Italie, et de la Suède selon l'étude comparative des aspects juridiques concernant le détachement des travailleurs dans le cadre des prestations de services de l'UE de 2011, par Aukje van Hoek et Mijke Houwerzijl.

### 1) Les conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale au sens de la directive « détachement »

En vertu de l'article 3 § 1 de la directive 96/71, les conditions de travail et d'emploi qui forment le noyau dur de la directive et qui sont applicables au salarié détaché sont déterminées par « des conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale au sens du paragraphe 8, dans la mesure où elles concernent les activités visées en annexe ».

Les sentences arbitrales sont des décisions émanant d'arbitres<sup>108</sup>. Les conventions collectives désignent quant à elles des conventions conclues entre un employeur ou un groupement d'employeurs et un ou plusieurs syndicats représentatifs de salariés en vue de déterminer les conditions de travail et de rémunération qui s'imposeront aux employeurs adhérant au groupement, envers leur personnel<sup>109</sup>. L'article 3 § 8, alinéa 1, définit ce qu'il faut comprendre par l'expression « déclarée d'application générale » : « On entend par conventions collectives ou sentences arbitrales, déclarées d'application générale, les conventions collectives ou les sentences arbitrales qui doivent être respectées par toutes les entreprises appartenant au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territoriale de celles-ci ». Les conventions collectives déclarées d'application générale sont donc celles qui produisent des effets *erga omnes*. En France, cela désigne les conventions collectives étendues par arrêté du Ministre du Travail, qui s'imposent à tous les employeurs de la branche professionnelle et de la zone géographique concernée, à compter de la publication au Journal Officiel de l'arrêté d'extension. Il existe d'autres Etats dans lesquels il est de tradition d'instaurer un système « *erga omnes* » où les conventions collectives sont sources de droit pour les contrats de travail. Il s'agit notamment de l'Allemagne, des Pays-Bas, de la Belgique ou encore du Luxembourg<sup>110</sup>.

---

<sup>108</sup> L'arbitrage est un mode alternatif de règlement des conflits : il s'agit d'une justice privée et payante, chargée de trancher les litiges qui lui sont soumis par les parties dans le respect des principes du droit. Source : S. GUINCHARD., C. CHAINAIS, F. FERRAND, *Procédure civile – droit interne et droit de l'UE*, Précis, Dalloz, 30<sup>e</sup> édition, 2010, p. 1477.

<sup>109</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9e édition, PUF, 2011.

<sup>110</sup> Étude comparative des aspects juridiques concernant le détachement des travailleurs dans le cadre des prestations de services dans l'Union européenne du 21 mars 2011 à la Commission européenne, par Aukje van Hoek et Mijke Houwerzijl.

Ces conventions collectives doivent être respectées par toutes les entreprises du secteur et relevant de son champ d'application territorial en vue de garantir l'égalité de traitement entre les entreprises nationales et celles établies dans un autre Etat membre prestant des services sur le territoire d'un Etat membre.

En outre, l'arrêt *Arblade et Leloup* de 1999<sup>111</sup> donne des précisions relatives aux conventions collectives susceptibles de déterminer le salaire minimal applicable au salarié détaché. Pour la Cour de justice, « les articles 59 et 60 [articles 56 et 57 du TFUE] du traité ne s'opposent pas à ce qu'un État membre impose à une entreprise établie dans un autre État membre et exécutant temporairement des travaux dans le premier État de payer à ses travailleurs détachés la rémunération minimale fixée par la convention collective de travail applicable dans le premier État membre, à condition que les dispositions en cause soient suffisamment précises et accessibles pour ne pas rendre, en pratique, impossible ou excessivement difficile la détermination, par un tel employeur, des obligations qu'il devrait respecter ». La Cour de Luxembourg souligne les exigences de précision et d'accessibilité que doit présenter la convention collective d'application générale de manière à faciliter la détermination du salaire applicable au salarié détaché par l'employeur qui procède au détachement. Cette interprétation exigeante tend à remettre en cause les systèmes reposant uniquement sur l'autonomie des partenaires sociaux<sup>112</sup> (Suède ou Danemark par exemple).

A défaut de conventions collectives d'application générale, la directive prévoit un « système palliatif » permettant aux Etats membres de prévoir les règles impératives applicables aux salariés détachés par voie de conventions collectives, dès lors que celles-ci présentent certaines conditions.

## 2) La possibilité de se prévaloir d'un « système palliatif »

---

<sup>111</sup> CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade et Leloup*, affaires jointes C-369/96 et C-376/96.

<sup>112</sup> Voir notamment : P. RODIERE, *Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective*, RTDE 2008, p. 47.

Ce « système palliatif » est prévu à l’alinéa 2 de l’article 3 § 8 : « En l’absence d’un système de déclaration d’application générale de conventions collectives ou de sentences arbitrales au sens du premier alinéa, les États membres peuvent, s’ils décident ainsi, prendre pour base :

— les conventions collectives ou sentences arbitrales qui ont un effet général sur toutes les entreprises similaires appartenant au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d’application territoriale de celles-ci

et/ou

— les conventions collectives qui sont conclues par les organisations des partenaires sociaux les plus représentatives au plan national et qui sont appliquées sur l’ensemble du territoire national, pour autant que leur application aux entreprises visées à l’article 1<sup>er</sup> paragraphe 1 garantisse, quant aux matières énumérées au paragraphe 1 premier alinéa du présent article, une égalité de traitement entre ces entreprises et les autres entreprises visées au présent alinéa se trouvant dans une situation similaire. [...] ».

Selon le rapport de Aukje van Hoek et Mijke Houwerzijl en date du 21 mars 2011, si cette disposition a été insérée dans la directive, c’était notamment parce que le Danemark craignait que la directive ne puisse s’articuler avec son système de conventions collectives, basé uniquement sur l’autonomie des partenaires sociaux.

Ainsi, s’il n’existe pas de conventions collectives d’application générale, l’Etat membre peut se fonder sur des conventions collectives dotées d’un effet général sur les entreprises du secteur ou sur celles conclues par les organisations syndicales les plus représentatives, à partir du moment où l’égalité de traitement est assurée entre les entreprises concernant les matières énumérées par l’article 3 § 1 de la directive « détachement ».

En d’autres termes, si les conventions sont revêtues d’un effet général, elles peuvent déterminer les conditions de travail et d’emploi applicables au salarié détaché. Mais la question qui reste en suspens demeure celle de savoir ce que l’on entend par « effet général ».

Il en va de même si ces conventions ont été conclues par les organisations syndicales et patronales les plus représentatives au niveau national. Or les règles de représentativité sont différentes au sein de chaque Etat membre, ce qui rend la démarche quelque peu complexe.

Une référence est également faite au principe d’égalité de traitement : les conventions revêtues d’un effet général ou qui ont été signées par les organisations syndicales les plus représentatives peuvent certes être prises pour base, mais uniquement à partir du moment où, sur les matières énumérées, peut être constatée une égalité de traitement entre les entreprises

liées par ces conventions et les autres entreprises soumises à une convention d'application générale se trouvant dans une situation similaire. Cette exigence d'égalité permet d'éviter l'émergence d'une concurrence déloyale entre les entreprises qui bénéficieraient de la possibilité de se prévaloir de conventions collectives d'effet général ou conclues par les organisations syndicales les plus représentatives, et celles soumises à une convention collective d'application générale.

Partant de là, sans dispositif conventionnel applicable, et en l'absence de dispositif législatif, la marge de manœuvre laissée aux Etats membres est gigantesque : il leur est laissé la liberté de procéder comme bon leur semble en matière de fixation d'un salaire minimum.

Ceci nous amène à nous poser la question de l'effectivité de la protection de la rémunération du salarié détaché.

## **Section 2 : L'effectivité de la protection de la rémunération du salarié détaché**

L'effectivité de la directive semble remise en cause d'une part par les interprétations strictes du texte qui ont été opérées, ainsi que, d'autre part, par les nombreuses pratiques frauduleuses qui se sont développées au fil du temps. Le doute s'élève ainsi sur la question de la protection du travailleur par la directive « détachement », d'autant plus que si un salaire minimum est censé lui être garanti, aucune précision ne concerne l'entièreté de sa rémunération (§1).

Comment lutter contre cette ineffectivité ? Des moyens pour la combattre ont été développés, mais seront-ils suffisant ? Les projets de réforme actuels ont-ils vocation à remédier au problème (§2) ?

### **§ 1. Une effectivité mise en cause par l'interprétation stricte de la directive**

Dans l'interprétation de la directive, le problème essentiel concerne le jeu des conventions collectives et l'interprétation stricte qu'en retient la Cour de justice de l'UE. Cette articulation donne lieu à des situations certes légales, mais n'assurant, dans les faits, aucun salaire minimum aux salariés détachés (A). Le dispositif palliatif, censé venir en soutien, s'avère en outre difficile à mettre en pratique (B).



## **A) Des situations légales mais non « socialement responsables<sup>113</sup>»**

Lorsqu'aucun salaire minimal légal n'est prévu, et qu'il n'y a pas de dispositif d'application générale des conventions collectives, le salarié détaché ne peut bénéficier d'aucune garantie en termes de salaire minimal (1).

La situation des abattoirs en Allemagne en constitue une illustration patente (2).

### 1) L'absence de taux de salaire minimal en raison de la non-application des conventions collectives

L'UE mène des politiques sociales dans le but de rapprocher les législations nationales des différents pays. C'est ce que l'on appelle l'harmonisation sociale dont la base juridique repose sur l'article 153 du TFUE. En vertu de cette disposition, en vue de réaliser les objectifs définis, l'UE « soutient et complète » l'action des Etats membres dans onze domaines concernant l'emploi, les conditions de travail et la protection sociale. Mais le 5<sup>ème</sup> paragraphe de l'article 153<sup>114</sup> exclut expressément toute intervention de l'Union – par directive ou recommandation<sup>115</sup> – en matière de rémunération notamment. Partant de là, aucune harmonisation, aucune coopération entre les Etats membres, aucune prescription minimale ne peut être imposée à l'échelle européenne en matière de rémunération.

Ceci peut s'expliquer par la limitation de l'Europe sociale liée à la volonté des Etats de rester souverains de leur politique en matière de droit du travail et de fiscalité. En effet, les domaines de la politique sociale<sup>116</sup> « relèvent essentiellement de la compétence des États membres. Les mesures d'encouragement et de coordination revêtent un caractère

---

<sup>113</sup> Expression utilisée par Madame Fabienne Muller. Voir notamment : F. MULLER, *Détachement des travailleurs : abus et dérives, quels correctifs pour demain ?*, Chronique internationale de l'IRES, n°142, septembre 2013.

<sup>114</sup> Article 153 § 5 du TFUE : « Les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni au droit d'association, ni au droit de grève, ni au droit de lock-out ».

<sup>115</sup> L'article 153 § 2 du TFUE permet au Parlement européen et au Conseil d'adopter des mesures destinées à encourager la coopération entre Etats membres et d'arrêter des directives ou des règlements dans les matières listées au paragraphe 1.

<sup>116</sup> Article 156 du TFUE.

complémentaire. Elles servent à renforcer la coopération (...) et non pas à harmoniser des systèmes nationaux »<sup>117</sup>.

En conséquence de tout cela, les Etats membres conservent une large marge de manœuvre dans le domaine de la rémunération.

Ainsi, sur les 28 Etats membres que comprend l'UE, 21 d'entre eux disposent d'une législation nationale établissant un salaire minimum légal. Les sept autres<sup>118</sup> pays ont fixé un salaire minimum par branches ou prévoient que les salaires minimums sont déterminés par négociation entre les partenaires sociaux.

Dans ces cas-là, intervient la question de l'applicabilité des conventions collectives dans la mesure où les salaires sont essentiellement fixés par voie conventionnelle. Certes la plupart des législations de transposition de la directive 96/71 prévoient l'application ou l'extension des conventions collectives d'application générale aux travailleurs détachés, mais dans certains États membres, il n'y a pas de conventions collectives d'application générale (c'est le cas de la Suède et du Danemark notamment). Précisons en outre que selon l'article 3 § 1 de la directive, lorsque ces conventions collectives d'application générale prévoient un salaire minimum, cela ne vaut que pour le secteur de la construction. Et ce n'est que si les Etats membres ont décidé, par le biais de l'article 3 § 10 d'étendre ce système à d'autres secteurs, que les salaires minimaux prévus par ces conventions d'application générale s'appliqueront au-delà du secteur de la construction.

Il n'empêche qu'en l'absence d'un tel système d'application générale, seules les règles figurant dans la loi peuvent alors s'appliquer, mais encore faut-il qu'un salaire minimal soit fixé légalement.

Ce problème a été relevé par la Cour de justice de l'UE dans deux Etats notamment au cours de ces dernières années.

---

<sup>117</sup> Déclaration interprétative de l'article 156 du TFUE sur la coopération des États membres dans les domaines de la politique sociale, figurant dans le traité de Lisbonne.

<sup>118</sup> Italie, Allemagne, Autriche, Danemark, Suède, Finlande et Chypre.

L'arrêt *Laval* du 18 décembre 2007<sup>119</sup> porte sur un blocus organisé par un syndicat suédois sur un chantier situé en Suède, chantier filiale d'une entreprise lettone qui y avait détaché ses salariés. L'entreprise lettone avait refusé d'adhérer à la convention collective du bâtiment localement applicable et aucun accord n'avait pu être conclu sur la question des salaires.

Il appartenait à la Cour de justice de l'UE de se prononcer sur la conformité de ce blocus au droit communautaire, alors qu'en Suède, aucun salaire minimum légal n'existe. La détermination des salaires se fait par la voie de la négociation collective.

Après avoir analysé en détails le système de détermination des salaires en Suède<sup>120</sup>, la Cour de justice finit par relever clairement qu'il n'existe pas de système de déclaration d'application générale des conventions collectives en Suède, et que cet Etat n'a pas non plus fait usage du système palliatif mentionné à l'article 3 § 8 de la directive<sup>121</sup>. Elle conclut en expliquant que « la directive 96/71 ne visant pas l'harmonisation des systèmes de fixation des conditions de travail et d'emploi dans les États membres, ces derniers restent libres de choisir, au niveau national, un système qui ne figure pas expressément parmi ceux prévus par ladite directive, pourvu qu'il n'entrave pas la prestation des services entre les États membres<sup>122</sup> ». En outre, elle souligne que le syndicat suédois vise à imposer un salaire qui ne rentre pas dans le champ d'application de la directive puisqu'il ne s'agit pas d'un salaire minimum et que celui-ci est déterminé au cas par cas, selon les chantiers<sup>123</sup>. C'est donc parce qu'aucun salaire minimal n'était déterminé, ni par la loi, ni par une convention collective d'application générale, que la Cour a donné tort au syndicat suédois.

Le professeur Marc Fallon résume ainsi la situation : « Ainsi, selon la Cour, le droit suédois du détachement ne comporterait pas de règle impérative de protection, et le droit communautaire ne lui fait aucune obligation d'en prévoir, de sorte que, en cas de détachement

---

<sup>119</sup> CJCE, 18 décembre 2007 (Grande chambre), *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, affaire C-341/05.

<sup>120</sup> CJCE, 18 décembre 2007 (Grande chambre), *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, affaire C-341/05, points 24 à 26.

<sup>121</sup> CJCE, 18 décembre 2007 (Grande chambre), *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, affaire C-341/05, point 67.

<sup>122</sup> CJCE, 18 décembre 2007 (Grande chambre), *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, affaire C-341/05, point 68.

<sup>123</sup> CJCE, 18 décembre 2007 (Grande chambre), *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, affaire C-341/05, point 70.

sur le territoire suédois, nulle norme minimale de protection salariale ne puisse être imposée à l'employeur, national comme étranger »<sup>124</sup>.

L'arrêt *Rüffert* rendu le 3 avril 2008<sup>125</sup> marque un autre exemple de situation dans laquelle aucun salaire minimal ne s'applique au salarié détaché. En l'espèce, le Land de Basse Saxe en Allemagne avait confié un marché de travaux de gros œuvre à une société qui faisait appel à des sous-traitants polonais. Le contrat prévoyait expressément l'obligation de respecter les conventions collectives et d'allouer le salaire minimum en vigueur, comme le prévoyait la loi du Land. Le sous-traitant polonais n'ayant pas respecté cette obligation, le contrat a été résilié. La question posée à la Cour était celle de savoir si la loi du Land était conforme au droit de l'UE.

Pour la Cour de justice, la réponse est négative. D'une part, la loi en cause ne fixait aucun taux de salaire minimal, elle ne pouvait donc être entendue comme une disposition législative au sens de l'article 3 § 1 c) de la directive 96/71<sup>126</sup>. D'autre part, la convention collective applicable en l'occurrence n'était pas une convention collective d'application générale au sens de la directive, et l'Allemagne n'avait pas eu recours au dispositif palliatif prévu à l'article 3 § 8<sup>127</sup>. Aucun salaire minimal n'était donc prévu par voie conventionnelle. Par conséquent, comme le salaire fixé par la loi du Land de Basse Saxe ne constitue pas un taux de salaire minimum tel qu'entendu au sens de la directive 96/71, l'Allemagne n'est pas en droit de l'imposer aux entreprises établies dans d'autres Etats membres dans le cadre d'une prestation de services<sup>128</sup>.

« Les arrêts *Laval* et *Rüffert* ont montré la fragilité juridique des systèmes reposant sur la négociation collective, sans dispositif permettant l'application générale des conventions et

---

<sup>124</sup> M. FALLON, *Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes*, RCDIP 2008, p. 781.

<sup>125</sup> CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert*, affaire C-346/06.

<sup>126</sup> CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert*, affaire C-346/06, point 24.

<sup>127</sup> CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert*, affaire C-346/06, points 25, 26, 27 et 28.

<sup>128</sup> CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert*, affaire C-346/06, point 31.

accords ou dans lesquels ces dispositifs n'étaient pas suffisamment mis en œuvre<sup>129</sup> ». Ainsi, la directive 96/71 assure une protection de la rémunération du salarié détaché beaucoup plus sûre dans des Etats comme la France où est prévu un salaire minimum légal et où les conventions collectives font l'objet d'un dispositif d'extension. Pour la Confédération européenne des syndicats<sup>130</sup>, ce risque d'une protection moindre dans les pays tels que l'Allemagne ou la Suède avait déjà été perçu dès la publication de la directive. Pour autant, les Etats concernés n'avaient pas pris la peine de transposer la directive pour donner aux conventions collectives le statut des normes minimales à respecter par les entreprises étrangères qui détachent leur personnel. La loi allemande sur le détachement des travailleurs<sup>131</sup> du 24 avril 2009 apparaît comme une réaction à ces arrêts de la Cour de justice de l'UE. On aperçoit, à travers cette loi, la volonté de renforcer le dispositif d'application générale et de l'ouvrir à un vaste domaine, pour assurer un salaire minimum conventionnel à un plus grand nombre de travailleurs détachés.

Pour autant, un certain nombre de secteurs allemands demeurent non couverts par ce dispositif d'application générale. Le secteur des abattoirs en représentait jusqu'ici un cas emblématique.

## 2) L'exemple symbolique des abattoirs allemands

« Le scandale des travailleurs détachés dans les abattoirs allemands » pouvait-on lire dans Le Figaro en novembre dernier<sup>132</sup>. La situation de l'abattoir de Weistfleisch de Hamm en Westphalie le révèle : seuls 10% des 1200 salariés qui y travaillent sont directement

---

<sup>129</sup> Rapport d'information du 8 février 2011 déposé par la Commission des affaires européennes sur le détachement des travailleurs et présenté par Madame la députée Anne Grosommerch, p. 66.

<sup>130</sup> The Posting of Workers Directive: proposals for revision, resolution adopted at the ETUC (Executive Committee on 9-10 March 2010).

<sup>131</sup> Arbeitnehmer-Entsendegesetz - AentG : [http://www.gesetze-im-internet.de/aentg\\_2009/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/aentg_2009/index.html)

<sup>132</sup> Pour lire l'article : <http://www.lefigaro.fr/conjoncture/2013/11/27/20002-20131127ARTFIG00193-le-scandale-des-travailleurs-detaches-dans-les-abattoirs-allemands.php>

embauchés par la société allemande<sup>133</sup>. Les autres salariés sont des ouvriers étrangers, la plupart originaires de Bulgarie ou de Roumanie qui travaillent en Allemagne en vertu de « contrats de prestation de service »<sup>134</sup>. Ces contrats permettent de recourir au service d'une entreprise établie à l'étranger, dans des pays où le niveau des salaires et des charges sociales est bas. Les salariés étrangers perçoivent une rémunération dérisoire allant de 3 à 7 € par heures.

En effet, le secteur des abattoirs échappe aux règles applicables en matière de détachement et notamment à l'application du salaire minimum en vigueur dans le pays d'accueil.

Ainsi, même si pour la plupart des secteurs d'activités, des conventions collectives et des salaires minimums de branche existent, certains secteurs échappent à un tel encadrement conventionnel et c'est notamment le cas du secteur de la découpe de viande. En vertu de la loi allemande sur le détachement des travailleurs<sup>135</sup> dans sa version en date du 20 avril 2009, les branches professionnelles couvertes par une convention collective d'application générale prévoyant un salaire minimum applicable sont : l'élimination des déchets (y compris le nettoyage des rues et le déneigement en hiver), les prestations de services de formation initiale et continue (au sens du livre II ou du livre III du Code de la sécurité sociale), le bâtiment et travaux publics, les travaux miniers particuliers dans les mines de houille, les artisans couvreurs, les artisans électriciens, le nettoyage de bâtiments, les métiers de la peinture, les tailleurs de pierres et sculpteurs sur pierre et les prestations de blanchisserie pour des opérateurs économiques. En outre, un règlement prévoit également un salaire minimum dans le secteur de l'assistance aux personnes<sup>136</sup>. Lorsque des salariés bulgares ou roumains sont détachés sur le territoire allemand pour effectuer une prestation qui relève d'un autre secteur que ceux cités ci-dessus, et notamment le secteur des abattoirs, leur niveau de salaire peut être aussi bas que celui de leur pays d'origine et ce, en toute légalité puisqu'aucun salaire minimum n'est prévu, ni par la loi, ni par des conventions collectives d'application générale.

---

<sup>133</sup> Selon les chiffres du rapport d'information du 18 avril 2013 fait au nom de la Commission des affaires européennes sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs par Monsieur le sénateur Éric Bocquet.

<sup>134</sup> En Allemand : Werkverträge.

<sup>135</sup> Arbeitnehmer-Entsendegesetz – AentG : [http://www.gesetze-im-internet.de/aentg\\_2009/index.html](http://www.gesetze-im-internet.de/aentg_2009/index.html)

<sup>136</sup> Article 11 de l'AentG.

Une conséquence économique naît de cette brèche, comme l'expose le rapport de l'Assemblée nationale de mai 2013 : « l'Allemagne est en effet en train de « prendre » tout le marché européen de l'abattage, au détriment des abattoirs belges, danois, hollandais et bretons, en utilisant dans ses abattoirs des travailleurs détachés des ex-pays de l'Est et payés à des coûts bien inférieurs à ceux des autres pays présents sur ce marché »<sup>137</sup>. Le coût du travail<sup>138</sup> dans les entreprises allemandes est donc bien inférieur à celui des abattoirs français (équivalent à une vingtaine d'euros par heure) et face à un tel différentiel, le secteur ne peut pas lutter<sup>139</sup>. C'est ce qui expliquerait notamment la fermeture de l'abattoir de Gad situé dans le Finistère et les nombreux licenciements qui ont touché la filière française<sup>140</sup>.

Certains acteurs craignent également une conséquence sanitaire : les salariés détachés venant des nouveaux Etats membres et appelés à travailler dans les abattoirs allemands ont-ils fait l'objet d'une formation adéquate et notamment dans leur langue maternelle, leur indiquant quelles sont les précautions d'hygiène et de sécurité à prendre en la matière ? La question reste en suspens...

La France a décidé de porter à l'échelle européenne le combat du secteur de l'abattage français pour dénoncer un dumping social. C'est pourquoi le SNIV-SNCP a introduit en janvier 2011 une plainte en manquement d'Etat auprès de la Commission européenne, tout comme la Belgique, en mars 2013.

---

<sup>137</sup> Rapport d'information du 29 mai 2013 déposé par la Commission des affaires européennes sur la proposition de directive relative à l'exécution de la directive sur le détachement des travailleurs et présenté par les députés Gilles Savary, Chantal Guittet et Michel Piron.

<sup>138</sup> Selon Pierre Halliez, directeur du Syndicat des entreprises françaises des viandes (SNIV-SNCP), la différence de prix entre la France et l'Allemagne s'élève à 5 centimes pour un kilo de porc et 8 centimes pour un kilo de bœuf. Comme le montre Bernd Maiweg, responsable du secteur viande du NGG (syndicat allemand de la branche de l'alimentation et la restauration), les salariés directement embauchés par l'employeur allemand sont payés entre 12 et 15 € bruts de l'heure alors que les travailleurs étrangers, venus des nouveaux Etats membres essentiellement, sont payés entre 8 et 5 € bruts de l'heure.

<sup>139</sup> Pour des statistiques mettant en avant les distorsions de concurrence entre la France et l'Allemagne : <http://ores.paysdelaloire.fr/1021-distorsions-de-concurrence-france-allemande.htm>

<sup>140</sup> Pour plus d'informations : [http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/10/31/le-modele-agricole-intensif-breton-est-a-bout-de-souffle\\_3506538\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2013/10/31/le-modele-agricole-intensif-breton-est-a-bout-de-souffle_3506538_3234.html)

Sous la pression insufflée par les Etats membres de l'UE, l'Allemagne a acté le principe de la création d'un salaire minimum de 8,5 € bruts par heure à l'échelle nationale<sup>141</sup>. Le projet de contrat de coalition du 27 novembre 2013 a fixé le calendrier de la mesure : le salaire minimum allemand obligatoire entrera en vigueur entre le 1 janvier 2015 et le 1 janvier 2017<sup>142</sup>.

Avec l'instauration de ce plancher minimum, les salariés détachés dans les abattoirs allemands pourront se voir appliquer les règles en matière de détachement, et obtiendront une rémunération ne pouvant être inférieure à 8,5 € par heure.

Alors même que l'instauration d'un salaire minimal légal généralisé approche à grands pas, les partenaires sociaux (NGG et ANG<sup>143</sup>) du secteur des abattoirs se sont entendus, le 14 janvier 2014, sur l'adoption d'une convention collective d'application générale instaurant un salaire minimum. Dès le 1<sup>er</sup> juillet 2014, tous les travailleurs de l'industrie de la viande en Allemagne, y compris les travailleurs intérimaires, bénéficieront d'un salaire minimum d'au moins 7,75 € bruts de l'heure. Ce salaire minimum fera l'objet de réévaluations pour atteindre, en décembre 2016, la somme de 8,75 €<sup>144</sup>.

Ces problèmes d'inapplicabilité des règles relatives au détachement des travailleurs sont liés à l'absence de dispositif d'application générale des conventions collectives. Or, la directive prévoit un « système palliatif » à défaut d'existence d'un tel système, qui apparaît comme largement insuffisant.

## **B) Un système palliatif insuffisant, voire inexistant**

---

<sup>141</sup> Au cours de la campagne électorale pour les élections législatives du 22 septembre 2013, le SPD d'un côté et la CDU /CSU de l'autre étaient parvenus à s'entendre sur la mise en place d'un salaire minimum interprofessionnel de 8,5 € bruts par heure, tout en laissant aux partenaires sociaux l'autonomie des revalorisations ultérieures.

<sup>142</sup> Pour plus d'informations : [http://www.metiseurope.eu/allemande-un-vrai-salaire-minimum\\_fr\\_70\\_art\\_29848\\_p1\\_c1.html](http://www.metiseurope.eu/allemande-un-vrai-salaire-minimum_fr_70_art_29848_p1_c1.html) et <http://www.ofce.sciences-po.fr/blog/quels-smic-pour-lallemagne/>

<sup>143</sup> Syndicat patronal allemand : Arbeitgebervereinigung Nahrung und Genuss e.V.

<sup>144</sup> [http://www.ngg.net/presse\\_medien/pressemitteilungen-2014/1-quartal-2014/2014-01-14-chg-mindestlohn-fleisch/](http://www.ngg.net/presse_medien/pressemitteilungen-2014/1-quartal-2014/2014-01-14-chg-mindestlohn-fleisch/)



Censé combler les lacunes qui peuvent découler de l'inexistence d'un système d'application générale des conventions collectives, ce dispositif demeure vague et peu fréquemment utilisé (1), d'autant que la Cour de justice en retient une interprétation restrictive (2).

### 1) Les difficultés d'interprétation du dispositif

Cela signifie-t-il que ce système ne peut être mis en œuvre qu'en l'absence totale de système de déclaration d'application générale ? Ou peut-il être mis en place pour certaines conventions de quelques secteurs bien précis qui ne font pas l'objet d'un dispositif d'application générale ? Rien n'est précisé dans la directive.

Dans tous les cas, la directive n'offre qu'une possibilité pour les Etats membres de se prévaloir d'un tel « système palliatif » : les Etats membres « peuvent, s'ils le décident ». On dénote une très large marge de manœuvre. Cela signifie qu'en l'absence de dispositif législatif ou conventionnel garantissant une protection de la rémunération du salarié détaché en lui appliquant les règles impératives du noyau dur, l'Etat membre, s'il ne décide pas de se prévaloir de ce dispositif palliatif, n'assure plus aucune protection au salarié. Plus aucun salaire minimum ne sera obligatoirement applicable, ce qui laisse la possibilité à l'entreprise d'accueil d'user des conditions d'emploi et de travail comme bon lui semble. C'est ainsi qu'un salarié détaché peut échapper à la protection théoriquement garantie par l'article 3 de la directive et demeurer soumis aux règles de son pays d'origine.

En usant de l'article 3 § 8 alinéa 2, les Etats membres peuvent prendre pour base dans la détermination des règles du noyau dur soit « les conventions collectives (ou sentences arbitrales) qui ont un effet général sur toutes les entreprises similaires appartenant au secteur ou à la profession concernés et relevant du champ d'application territoriale de celles-ci », soit « les conventions collectives qui sont conclues par les organisations des partenaires sociaux les plus représentatives au plan national et qui sont appliquées sur l'ensemble du territoire national », soit les deux. Mais cette option est sujette à interprétation. Qu'entend-t-on par « avoir un effet général sur toutes les entreprises similaires appartenant au secteur concerné » ? Il semblerait que le champ soit plus restreint que pour la déclaration d'application générale : la convention collective doit couvrir toutes les entreprises similaires - c'est-à-dire pratiquant la même activité ? - du secteur concerné (exemple : entreprises qui fabriquent du béton, dans le secteur du bâtiment et des travaux publics et de la construction).

De même, lorsque la directive mentionne les conventions conclues par les organisations syndicales les plus représentatives au plan national, des questions relatives au système de représentativité peuvent être soulevées. La détermination de la représentativité des syndicats ne se fait pas de la même façon dans les différents pays de l'UE, ce qui peut engendrer une application et des conséquences différentes selon les pays.

Dans sa communication portant sur « la mise en œuvre de la directive 96/71/CE dans les États membres » en date du 25 juillet 2003<sup>145</sup>, la Commission souligne que d'après les prédictions du groupe d'experts ayant préparé la transposition de la directive, lorsque les États membres décident de se fonder sur l'alinéa 2 de l'article 3 § 8 car ils n'ont pas de système d'application générale, il leur appartient de le prévoir explicitement dans leur loi de transposition. Or, en l'occurrence, aucune législation de transposition ne fait référence à cet alinéa 2 de l'article 3 § 8. Ainsi, pour la Commission, s'il n'y a pas de système d'application générale, aucune condition d'emploi ou de travail conventionnel ne s'appliquera aux salariés détachés. Entre temps, le rapport du 21 mars 2011 de Aukje van Hoek et Mijke Houwerzijl nous révèle que depuis, seule l'Italie fait une référence explicite à l'article 3 § 8 dans sa législation. Et par l'intermédiaire de cette disposition, la loi italienne autorise ainsi l'application d'une convention collective locale qui s'applique aux travailleurs détachés, sans pour autant que celle-ci soit d'application générale.

L'interprétation stricte que fait la Cour de justice de l'UE de cette disposition corrobore son inefficience pratique. Dans les affaires *Laval* et *Rüffert*, le recours à un tel dispositif palliatif aurait pu être soulevé mais la Cour de Luxembourg en a décidé autrement.

## 2) L'interprétation stricte adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne

Dans l'arrêt *Laval*, était en cause la législation suédoise qui ne prévoit aucun salaire minimum légal, ni aucun système de déclaration d'application générale des conventions collectives. Puisque nous nous trouvons en l'absence d'un tel système, la Suède devrait pouvoir bénéficier

---

<sup>145</sup> Communication du 25 juillet 2003 de la Commission au Conseil, au Parlement Européen, au comité économique et social et au comité des régions (COM2003 458 final) sur la mise en œuvre de la directive 96/71/CE dans les États membres.

du dispositif palliatif pour garantir un salaire minimum aux salariés détachés sur son territoire, par le jeu de l'application des conventions collectives ayant un effet général sur les entreprises similaires du secteur concerné et/ou des conventions collectives conclues par les organisations syndicales les plus représentatives. Or, selon la Cour, « le recours à cette dernière possibilité exige, d'une part, que l'État membre en décide ainsi et, d'autre part, que l'application des conventions collectives aux entreprises qui détachent des travailleurs garantisse à ces dernières, quant aux matières énumérées à l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, sous a) à g), de la directive 96/71, une égalité de traitement par rapport aux entreprises nationales appartenant au secteur ou à la profession concernés se trouvant dans une situation similaire »<sup>146</sup>. En somme, pour la Cour de justice, le « système palliatif » ne constitue qu'une option envisageable pour les États membres qui prend forme s'ils en décident ainsi, conditionnée par une exigence d'égalité de traitement entre les entreprises soumises à ces conventions et celles, du même secteur, qui ne le seraient pas. Cette possibilité offerte par la directive n'a pas été transposée en droit suédois<sup>147</sup>.

Dans ses conclusions<sup>148</sup>, l'avocat général Mengozzi conclut à la même interprétation : il estime qu'il n'y avait en l'occurrence aucune obligation pour la Suède de recourir à un tel système palliatif, en l'absence de conventions collectives d'application générale, puisqu'il ne s'agit que d'une faculté offerte par la directive<sup>149</sup>. Il ajoute que l'égalité de traitement qui conditionne le recours à une telle possibilité s'explique par la volonté d'éviter la concurrence déloyale au sein d'un même secteur (notamment celui de la construction)<sup>150</sup>.

Dans l'arrêt *Rüffert*, la Cour de justice reprend sa même interprétation stricte. Elle affirme une nouvelle fois que le système palliatif ne peut être utilisé que s'il n'existe pas de système de déclaration d'application générale, ce qui rendait l'usage de l'article 3 § 8 alinéa 2 impossible

---

<sup>146</sup> CJCE, 18 décembre 2007 (Grande chambre), *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, affaire C-341/05, point 66.

<sup>147</sup> CJCE, 18 décembre 2007 (Grande chambre), *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, affaire C-341/05, point 67.

<sup>148</sup> Conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi, présentées le 23 mai 2007 – affaire C-341/05.

<sup>149</sup> Conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi, présentées le 23 mai 2007, point 179.

<sup>150</sup> Conclusions de l'avocat général Paolo Mengozzi, présentées le 23 mai 2007, points 174 et 175.

en l'occurrence dans la mesure où l'Allemagne dispose d'un tel dispositif de déclaration<sup>151</sup>. La Cour de justice précise ensuite que, de toute façon, la convention collective en cause ne revêt pas « un effet général sur toutes les entreprises similaires appartenant au secteur ou à la profession et relevant du champ d'application territoriale de (celle-ci) », au sens de l'article 3 § 8 alinéa 2, dans la mesure où elle ne concerne que les seuls marchés publics<sup>152</sup>. Ainsi, puisque la convention en question ne rentre ni dans le champ des conventions prévues à l'article 3 § 1, ni à l'article 3 § 8 alinéa 2, le taux de salaire minimum prévu par cette convention ne peut être considéré comme un taux de salaire minimum au sens de la directive c'est-à-dire que l'Allemagne serait en droit d'imposer.

Selon Nicolas Moizard, la Cour de justice est exigeante sur la généralité d'application de la convention collective, alors que les conditions de la directive semblent moins restrictives. « La directive « détachement » impose « un effet général » sur les entreprises du secteur et sur le même champ géographique. Contrairement à ce qu'estime la Cour de justice, la réglementation du Land respecte l'obligation d'un effet général dès lors qu'elle s'applique à toutes les entreprises du secteur<sup>153</sup> ».

Les difficultés d'interprétation de la directive et la grille de lecture qu'en fait la Cour de Luxembourg peuvent nuire à l'efficacité du dispositif de protection du salarié prévu par le droit de l'UE. S'y ajoute le problème préoccupant des fraudes protéiformes qui se sont développées autour de l'application de cette directive.

## **§ 2. Une effectivité mise en cause par des pratiques frauduleuses**

Dans l'esprit de la directive 96/71, le détachement de travailleurs au sein de l'UE poursuit un but précis : pallier les besoins de main d'œuvre en favorisant la libre prestation de services aux travers des frontières. Au fil du temps et avec la pratique s'est alors développée une nouvelle forme de dumping social, par le biais d'une exportation de main d'œuvre bon

---

<sup>151</sup> CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert*, affaire C-346/06, point 22.

Acquiescé par l'avocat général Yves Bot dans ses conclusions présentées le 20 septembre 2007 au point 86.

<sup>152</sup> CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert*, affaire C-346/06, points 28 et 29.

<sup>153</sup> N. MOIZARD, *La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services : un « noyau dur » protecteur ?*, Droit social 2008, p. 866 – précité.

marché dans des pays où les coûts salariaux et les conditions de travail sont d'un niveau plus élevé.

Il convient de rappeler en outre que, même si les conditions de travail et d'emploi du pays d'accueil imposées par le noyau dur de la directive 96/71 sont respectées, l'entreprise qui recourt au détachement continue de bénéficier d'un avantage considérable par le biais du jeu des charges sociales. En effet, le salarié détaché reste affilié au régime de protection sociale de son pays d'origine et de ce fait, les charges salariales et patronales qui sont à verser demeurent celles exigées dans le pays d'origine. Or, sur le terrain des charges sociales, d'importants écarts apparaissent selon les pays, et en tout état de cause, dans des pays où les conditions de travail et d'emploi, tout comme les charges sociales sont élevées (exemple : France), il sera toujours plus avantageux de recourir à de la main d'œuvre soumise à un faible taux de charges (exemple : Pologne, Roumanie, Bulgarie...)<sup>154</sup>. C'est ce que souligne concrètement Madame Fabienne Muller<sup>155</sup>: « Prenons l'exemple des salariés détachés roumains et bulgares, de plus en plus présents en France et en Allemagne : le salaire minimum mensuel est de 162 € en Roumanie et de 148 € en Bulgarie. Détachés en France, ces salariés devraient dans tous les cas percevoir au minimum le SMIC, voire plus, si leur emploi relève d'un secteur couvert par un accord collectif d'application générale. De ce montant brut sont déduits les prélèvements sociaux au taux pratiqué par l'Etat qui les envoie. C'est un premier facteur favorisant les entreprises prestataires. »

Ceci explique en partie le nombre de fraudes qui se sont développées autour du régime de détachement des travailleurs (A).

Mais de plus en plus, ces fraudes sont pointées du doigt et on voit poindre des mécanismes pour les dénoncer et lutter contre (B).

---

<sup>154</sup> Coût moyen des charges sociales patronales (hors cadres) en 2013 :

France	Espagne	Portugal	Pologne	Belgique	Luxembourg	Chypre
39,80%	29,90%	23,75%	20,31%	48,75%	13,26%	6,8%

Source : <http://www.cleiss.fr/docs/cotisations/>

<sup>155</sup> Interview de Madame Fabienne Muller par Claude Emmanuel Triomphe le 7 avril 2013, intitulée : « Travailleurs détachés : le laxisme des Etats » pour Métis Europe ([http://www.metiseurope.eu/detachement-des-travailleurs-la-lutte-contre-le-dumping-social-renforcee\\_fr\\_70\\_art\\_29802.html](http://www.metiseurope.eu/detachement-des-travailleurs-la-lutte-contre-le-dumping-social-renforcee_fr_70_art_29802.html))

## A) Des fraudes aux conditions de travail et d'emploi et aux charges sociales

La fraude s'entend d'un acte de mauvaise foi accompli en contrevenant à la loi et nuisant aux droits d'autrui<sup>156</sup>. Plus précisément, la fraude à la loi telle qu'elle est définie en droit international privé, constitue une éviction de la loi normalement compétente (jugée gênante) par un changement du point de rattachement de la règle de conflit applicable, en vue d'attribuer compétence à une autre loi moins contraignante<sup>157</sup>.

En la matière, deux types de fraudes ont émergé : les fraudes complexes (1) et les fraudes simples (2).

### 1) Les fraudes complexes

Ces fraudes complexes, appelées aussi montages frauduleux, peuvent prendre plusieurs formes.

#### a) Les fraudes aux modalités d'exercice de l'activité économique

Parmi celles-ci, on compte d'abord les fraudes aux modalités d'exercice de l'activité économique. Il s'agit du cas des entreprises dites « boîte aux lettres » ou « coquilles vides ». Le principe consiste à implanter le siège social d'une entreprise dans un pays où les charges sociales sont faibles pour bénéficier d'un faible taux de charges lors de l'envoi du salarié dans un autre Etat membre pour qu'il effectue sa prestation de services. En réalité, aucune activité significative n'est réalisée dans le pays d'établissement. Mais l'employeur peut envoyer ses salariés travailler dans des pays où les charges sociales sont plus élevées tout en continuant à bénéficier du régime social, plus avantageux, du pays d'origine, ce qui lui procure un avantage compétitif par rapport aux entreprises établies dans le pays d'accueil<sup>158</sup>.

---

<sup>156</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, 9e édition, PUF, 2011.

<sup>157</sup> Arrêt français qui permet au mieux d'éclairer la théorie de la fraude à la loi : Chambre civile, 18 mars 1878, dit « *Princesse de Bauffremont* ».

<sup>158</sup> H. GUICHAOUA, *La fraude à la prestation de service et au détachement de salariés sur le territoire français : panorama de la jurisprudence française*, Droit ouvrier 2012, p. 543.

Or, cette manœuvre constitue un faux détachement. En effet, si l'entreprise n'exerce pas d'activité significative dans son pays d'établissement, elle ne répond plus aux règles de la libre prestation de services. C'est ce que pose l'article 14 § 2 du règlement de coordination des systèmes de sécurité sociale de 2009<sup>159</sup> : pour bénéficier de la libre prestation de services, l'entreprise prestataire étrangère doit exercer une activité déclarée et significative dans l'Etat dans lequel elle est établie, or cela suppose que l'entreprise exerce généralement des activités substantielles autres que des activités de pure administration interne sur le territoire de l'Etat membre dans lequel elle est établie<sup>160</sup>. Au regard de l'article 56 du TFUE<sup>161</sup>, pour prester un service dans un autre Etat membre, l'entreprise doit donc être établie dans son pays d'origine, et y mener une véritable activité économique. Si ce n'est pas le cas, on retombe alors dans le régime de la liberté d'établissement<sup>162</sup>, en dehors du champ d'application de la directive 96/71. L'entreprise devrait en réalité s'établir là où les salariés sont prétendument détachés, ce qui leur permettrait d'accéder au salaire minimum du lieu d'exécution de leur prestation de travail conformément aux règles prévues par la Convention de Rome et le règlement Rome I. Si cette obligation d'établissement est prévue en matière de protection sociale dans les règlements de coordination des systèmes, aucune mention de ce type n'est faite en droit du travail au sein de la directive 96/71.

La création d'une entreprise coquille vide est un outil parfois utilisé par les entrepreneurs français qui souhaitent bénéficier d'une main d'œuvre moins chère pour rester compétitifs. C'est le cas notamment de l'entreprise de transport Norbert Dentressangle, qui avait ainsi créé une filiale en Pologne, alors que toute son activité se faisait sur le territoire français<sup>163</sup>.

---

<sup>159</sup> Règlement (CE) n°987/2009 du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

<sup>160</sup> Ces activités significatives sont identifiables à partir d'un faisceau d'indices déterminé par la Cour de justice de l'UE dans son arrêt *Fitzwilliam* du 10 février 2000 (C-202/97), point 43.

<sup>161</sup> Article 56 du TFUE : « Dans le cadre des dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de l'Union sont interdites à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un État membre autre que celui du destinataire de la prestation ».

<sup>162</sup> Articles 49 à 54 du TFUE

<sup>163</sup> Pour plus de renseignements : <http://www.ledauphine.com/france-monde/2012/06/01/les-routiers-polonais-de-norbert-dentressangle>

D'autres entreprises exercent une activité réelle dans leur pays d'origine mais, simultanément, poursuivent une activité stable, permanente et continue dans un autre Etat membre. Encore une fois, un dispositif de faux détachement prend vie : l'employeur détache des salariés du pays d'origine dans l'Etat membre où s'exerce une activité stable et continue. Souvent, l'Etat d'origine est un Etat où les conditions de travail et d'emploi, tout comme les charges sociales sont faibles, ce qui permet l'envoi des salariés dans un autre Etat membre où les conditions de travail, d'emploi et les charges sociales sont plus élevés mais tout en continuant à bénéficier du régime social de l'Etat d'origine. Or, dès lors que l'activité exercée sur le territoire d'un Etat membre est stable, continue et permanente, créer un établissement devient une obligation<sup>164</sup>. On sort du régime de la libre prestation de services pour entrer, encore une fois, dans celui de la liberté d'établissement, l'activité n'étant plus temporaire. Les salariés prétendument détachés devraient alors être intégrés aux effectifs de l'Etat membre où s'exerce l'activité stable, continue et permanente. Ils bénéficieraient du salaire du lieu habituel d'exécution de leur travail et du régime social de ce même Etat membre.

A l'échelle de l'UE, aucune sanction n'est prévue pour lutter contre ces faux détachements<sup>165</sup>. En France, il en va différemment. Dans la mesure où les dispositions relatives au travail illégal ont été incorporées au noyau dur de règles impératives applicables aux salariés détachés<sup>166</sup>, les entreprises qui mettent en place un faux détachement sur le territoire français peuvent tomber sous le coup des infractions de travail dissimulé<sup>167</sup>. En outre, le législateur français a mis en place un dispositif de responsabilité solidaire à l'encontre du donneur d'ordre : toute personne qui méconnaît les dispositions de l'article L. 8222-1 du Code du travail (qui met à la charge du bénéficiaire de la prestation une obligation de contrôle pour s'assurer que la législation sociale est bien respectée) ainsi que toute personne condamnée pour avoir recouru aux services de celui qui pratique le travail dissimulé, est tenue solidairement avec celui qui fait l'objet d'un procès-verbal pour travail dissimulé du paiement des cotisations dues, du remboursement des sommes correspondant au montant des aides publiques dont il a bénéficié et du paiement des rémunérations, indemnités et charges dues par

---

<sup>164</sup> Voir : CJCE, 10 février 2000, *Fitzwilliam*, affaire C-202/97.

<sup>165</sup> L'article 5 de la directive 96/71 se contente de préciser que « les États membres prennent des mesures adéquates en cas de non-respect de la présente directive ».

<sup>166</sup> Article L. 1262-4 du Code du travail.

<sup>167</sup> Articles L. 8221-3 et L. 8221-5 du Code du travail.



lui à raison de l'emploi des salariés n'ayant pas fait l'objet de la déclaration préalable à l'embauche ni de la délivrance du bulletin de paie<sup>168</sup>.

#### b) Les fraudes à la nature de l'activité exercée

Après les fraudes aux modalités d'exercice de l'activité économique, viennent celles à la nature de l'activité exercée. Il s'agit notamment des opérations de fausses sous-traitances qui s'apparentent en réalité à des situations de prêts de main d'œuvre illicites et de marchandages (sanctionnées en droit français<sup>169</sup>) : une entreprise établie dans un Etat membre où les conditions de travail et d'emploi ainsi que les charges sociales sont faibles, détache de manière prétendue ses salariés dans un autre Etat membre, alors qu'en réalité, ces pseudo salariés détachés sont intégrés aux effectifs de l'entreprise utilisatrice et l'employeur auprès duquel ils sont mis à disposition les utilise comme son propre personnel ; il s'agit d'une opération de fourniture de main d'œuvre, déguisée et dissoute au sein d'un mécanisme de sous-traitance. Théoriquement, on recourt à la sous-traitance en cas de surcharge de travail, mais on constate depuis quelque temps une généralisation de ce type de recours qui s'explique par des raisons économiques. Plus le montage est complexe, plus grande est la chaîne de sous-traitance, plus les contrôles sont difficiles à mener, plus il est facile de rémunérer à un salaire indécent et moins le donneur d'ordre a de risque d'être déclaré responsable. C'est ce genre de montages que l'on a pu observer sur le chantier du réacteur pressurisé européen (EPR) de Flamanville à l'initiative de la société Bouygues. Les salariés étaient recrutés en Pologne mais liés par contrat de travail à une entreprise établie à Chypre et directement acheminés vers la France. Cela s'apparente à une filière organisée de fourniture de main-d'œuvre au plan européen<sup>170</sup>.

---

<sup>168</sup> Articles L. 8222-2 et L. 8222-5 du Code du travail.

<sup>169</sup> Articles L. 8231-1 et L. 8241-1 du Code du travail.

<sup>170</sup> F. MULLER, *L'affaire Flamanville : détachement ou fraude sociale ?*, Droit social 2012, p. 675.

Sur le même modèle, la construction du « Carré de Jaude » par l'entreprise Eiffage constitue une autre illustration : « Le groupe a acheté les services d'une entreprise portugaise, ASTP, qui a elle-même recouru à une agence de travail temporaire lusitanienne. Au final, certains ouvriers du chantier se sont retrouvés à être rémunérés 2,86 € de l'heure », nous rapporte le sénateur Éric Bocquet dans son rapport d'information de 2013.

Les entreprises de travail temporaire étrangères qui envoient des salariés travailler en France devraient être soumises à la législation française sur le travail temporaire. Pour autant, des entreprises de travail temporaires luxembourgeoises recrutent des travailleurs français qu'elles affilient au régime local avant de les mettre à disposition d'une société française. Les travailleurs sont faussement détachés alors même qu'ils n'ont jamais exercé aucune activité sur le territoire du Luxembourg<sup>171</sup>.

Là encore, à l'échelle européenne, aucune sanction n'est prévue pour lutter contre ce type de montages.

A côté de ces montages, se développe un autre type de fraude, plus simple, qui prend la forme d'un manquement au noyau dur de la directive 96/71.

## 2) Les fraudes simples

Dans ce cas, nous ne sommes pas en situation de faux détachement et la directive 96/71 est bel et bien applicable. Mais, le seul moyen de s'assurer du respect des règles impératives prévues par le noyau dur de la directive de 96/71 consiste dans le contrôle opéré par les autorités nationales compétentes (en France, les inspecteurs du travail). L'article 4 de la directive prévoit une coopération entre les Etats membres en matière d'information en vue de faciliter la surveillance des conditions de travail et d'emploi visées par la directive. Mais la directive n'en dit pas plus sur la forme et le contenu que peuvent prendre ces contrôles.

Les fraudes simples constituent en réalité des violations courantes visant à alléger le coût du travail, le but étant d'éluder notamment la réglementation sur le salaire minimum. Pour cela, plusieurs pratiques illégales ont été relevées par les corps de contrôle.

La première consiste à ne faire figurer sur le bulletin de paie qu'une partie des heures effectuées. En effet, le bulletin de paie est le document qui va permettre aux autorités de contrôle de s'assurer du respect du salaire minimum. La directive précise que l'exigence de respect du taux de salaire minimum comprend aussi les taux majorés pour les heures

---

<sup>171</sup> Rapport d'information n°527 du 18 avril 2013 fait au nom de la Commission des affaires européennes sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs par Monsieur le Sénateur Éric Bocquet.

supplémentaires<sup>172</sup>. Or, ne pas retranscrire la totalité des heures effectuées permet à l'employeur d'échapper au paiement de certaines heures supplémentaires. Le salaire apparaît comme correct, mais en réalité de nombreuses heures supplémentaires ont été effectuées sans contrepartie de rémunération. En France par exemple, la faille est aisée à identifier, comme le relève Pierre Loubet<sup>173</sup> : l'article R. 1263-1 du Code du travail prévoit que pour les entreprises étrangères, le bulletin ne doit mentionner que la période et les horaires de travail, et non pas le nombre d'heures effectuées.

La deuxième pratique usuelle consiste à payer le salaire minimum obligatoire en apparence et une fois le retour du salarié détaché organisé dans son pays d'origine, lui défalquer toute une série de « frais » (logement, transport, etc.) qui rendront son travail finalement bien moins coûteux au prestataire de services. En effet, les remboursements des frais liés au détachement ne doivent pas être intégrés pour le calcul du salaire minimum à respecter<sup>174</sup>. Ces frais restent alors à la charge des salariés détachés, sans aucun remboursement.

En outre, même si les documents semblent être en conformité avec le droit de l'UE, la réalité peut être tout autre (système de double contrats de travail, de double bulletins de salaires...). Des questions restent en suspens : comment obliger l'employeur à prouver le paiement du salaire ? (En droit français par exemple, il n'y a obligation de payer par virement ou chèque bancaire qu'au-delà de 1 500 € mensuels<sup>175</sup>). Comment vérifier que le salaire figurant sur le bulletin de paie a bien été celui versé au salarié concerné ?

---

<sup>172</sup> Article 3 § 1 c) de la directive 96/71.

<sup>173</sup> P. LOUBET, *Contrôle de la prestation de services et du détachement de salariés*, *Cahier du droit de l'entreprise* n°3 2013, p. 44.

<sup>174</sup> Article 3 § 7 alinéa 2 de la directive 96/71 : « Les allocations propres au détachement sont considérées comme faisant partie du salaire minimal, dans la mesure où elles ne sont pas versées à titre de remboursement des dépenses effectivement encourues à cause du détachement, telles que les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture ».

<sup>175</sup> L. 3241-1 du Code du travail et décret n°85-1073 du 7 octobre 1985 traitant du montant maximum pouvant être versé en espèces.

Pour éluder la règle du salaire minimum applicable, une autre fraude consiste dans le recours à de faux travailleurs indépendants<sup>176</sup>. En effet, le travailleur indépendant se caractérise d'une part par son absence de lien de subordination avec un employeur et d'autre part, par la faiblesse de ses cotisations sociales et par le fait que certaines conditions de travail imposées par des conventions collectives ou des dispositions législatives ne s'appliquent pas à lui. Mais en réalité, l'activité que ces faux travailleurs indépendants exercent pourrait être assimilée à un emploi salarié, d'autant plus que la plupart du temps, ceux-ci n'ont jamais exercé dans leur Etat d'origine. En effet, dans le secteur de la construction notamment, une hausse du nombre de travailleurs indépendants a été constatée par les autorités de contrôle ces dernières années. Souvent, l'entrepreneur qui tient les rênes du chantier recourt à une multitude de sociétés et à des travailleurs indépendants avec lesquels il entretient des relations commerciales qui ont tendance à virer au « dependent outsourcing »<sup>177</sup>. Il s'agit de la situation au cours de laquelle le travailleur indépendant effectue sa prestation dans les mêmes conditions qu'un salarié, sans qu'il n'y ait plus lieu de distinguer entre l'un et l'autre statut. Finalement, recourir à de tels travailleurs permet à l'entreprise utilisatrice de les « utiliser » comme des salariés, sans pour autant être contrainte par les conditions de travail et d'emploi, ainsi que les charges sociales afférentes au statut de salarié.

Cette forme de fraude émerge également dans d'autres secteurs. C'est d'ailleurs typiquement le type de manœuvre qui a été dénoncée chez le géant aérien du low cost Ryanair<sup>178</sup>, qui recourt à des pilotes de ligne prétendument indépendants.

Enfin, l'ultime pratique consiste dans l'absence totale de paiement. On peut citer ici l'exemple d'un chantier de construction d'un hôtel dans le quartier européen de Francfort<sup>179</sup>. En

---

<sup>176</sup> Le travailleur indépendant, par opposition au travailleur salarié se caractérise par le fait qu'il effectue une prestation de travail pour autrui sans être subordonné à celui qui le lui demande. Le lien de subordination ressort comme l'élément essentiel permettant de distinguer le salarié du travailleur indépendant, comme la Cour de justice le relève dans l'arrêt *Asscher v. Staatssecretaris van Financiën* de 1996 (C-107/94).

<sup>177</sup> Etude comparative intitulée Travail indépendant et faux travail indépendant dans le secteur de la construction au sein de l'Union européenne par le Professeur Y. JORENS, à la demande des partenaires sociaux européens du secteur de la construction (FETBB).

<sup>178</sup> Pour plus d'informations : <http://www.lefigaro.fr/societes/2014/01/23/20005-20140123ARTFIG00387-le-salariat-deguise-de-ryanair-dans-le-collimateur-de-l-europe.php>

<sup>179</sup> <http://www.faire-mobilitaet.de/erfolge/++co++3e123b90-c8bd-11e3-9e50-52540023ef1a>

l'espèce, aucun salaire (ou très peu) n'avait été versé aux travailleurs roumains détachés sur ce chantier. Suite à l'absence de paiement, les travailleurs ont cessé les travaux et manifesté. Pour stopper le mouvement, l'employeur leur offrait à chacun 100 € et la possibilité de rentrer gratuitement en Roumanie ; les travailleurs ont refusé. Avec l'aide de plusieurs associations (Faire-Mobilität et Unterstützung des Europäischen Vereins für Wanderarbeiterfragen) et grâce à la pression médiatique, l'entrepreneur général a fini par céder et a accepté de payer 100 000 € de dédommagement pour les cinquante travailleurs lésés.

Face à ce constat de fraudes protéiformes, Commission et Parlement européen, à travers de nombreuses communications et résolutions ont d'abord pointé du doigt ce qui faisait défaut dans le texte de la directive et dans son application. Après moult discussions, est né le projet de directive de 2012<sup>180</sup>. Va-t-il produire l'effet escompté ?

## **B) La volonté de remédier au constat de l'insuffisance des contrôles**

Selon la Commission et le Parlement notamment, le problème ne consisterait pas dans les règles prévues par la directive, déjà précises et vouées à répondre à l'objectif entendu. Il concernerait bien davantage les difficultés de mise en œuvre de la directive, notamment concernant les moyens de contrôles, nécessaires à l'effectivité de cette dernière et l'interprétation stricte voire restrictive du texte que nous livre la Cour de justice de l'UE (1). C'est la raison pour laquelle Commission et Parlement en sont venus à proposer deux nouveaux outils le 21 mars 2012 (2).

### 1) Des freins à l'application de la législation relative aux salariés détachés

Pour assurer l'effectivité des règles imposées aux Etats membres par la directive 96/71, des contrôles sont nécessaires pour en vérifier l'application, et sanctionner, le cas échéant, les manquements.

Or, la directive ne prévoit expressément aucune mesure de contrôle. Elle se contente d'évoquer une seule exigence au sein de son article 4 : « une coopération en matière

---

<sup>180</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, COM(2012) 131.

d'information pour faciliter la surveillance ». Par le biais de cet article, la directive impose en effet la désignation de bureaux de liaisons au sein des différents Etats membres ainsi qu'une collaboration entre les autorités compétentes en matière d'information des salariés et de surveillance des conditions de travail et d'emploi. Aucune mesure de contrôle concrète n'est prévue, aucun corps de contrôle spécifique n'est nommément désigné, aucun délai dans lequel est censé intervenir la coopération entre les Etats membres n'est spécifié. Même si la communication de la Commission de 2008<sup>181</sup> a donné naissance au système d'information sur le marché intérieur (IMI), outil électronique destiné à soutenir la coopération administrative, le chemin à parcourir est encore long.

D'un point de vue pratique, le caractère temporaire lié au principe même du détachement des travailleurs, ainsi que la confrontation et le chevauchement de systèmes juridiques différents rendent les contrôles délicats, d'autant plus que des barrières linguistiques s'élèvent. Ainsi lorsqu'un salarié roumain est détaché sur le territoire français, il revient théoriquement à l'inspection du travail française de s'assurer du respect de l'application du salaire minimum français à ce dernier. Mais quel document l'inspecteur du travail français pourra-t-il consulter pour s'en assurer ? Un document quelconque lui sera-t-il même transmis ? En Roumain ? Dans quels délais ? Face à toutes ces interrogations, il est fort probable que le salarié roumain aura déjà été renvoyé dans son pays d'origine avant même que la seule idée d'un contrôle ait été abordée. D'autant plus qu'en France, le nombre d'inspecteurs du travail baisse considérablement alors même que les situations de détachement ne cessent de croître<sup>182</sup>.

En outre, lors des contrôles effectués dans le cadre de la mise en œuvre de la directive, les Etats membres doivent respecter les exigences de la libre prestation de services (article 56 du TFUE). Le prestataire de services doit pouvoir se déplacer avec sa main d'œuvre sans délais, sans formalités excessives, sans frais et charges administratives ou économiques

---

<sup>181</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions du 6 novembre 2008 intitulée « Procurer les avantages du marché unique en renforçant la qualité administrative », COM(2008) 703 final.

<sup>182</sup> « Il existe aujourd'hui 2300 agents de contrôles de l'inspection du travail en France (inspecteurs et contrôleurs), qui ont en charge le contrôle de 1,8 millions d'entreprises et des conditions de travail de 18 millions de salariés. D'ici deux ans, si le projet Sapin n'est pas stoppé, ce chiffre sera inférieur à 2000, soit une baisse des effectifs de contrôle de 15% en moyenne » : [http://www.lemonde.fr/emploi/article/2014/02/03/qui-veut-la-mort-de-l-inspection-du-travail\\_4359281\\_1698637.html](http://www.lemonde.fr/emploi/article/2014/02/03/qui-veut-la-mort-de-l-inspection-du-travail_4359281_1698637.html)

supplémentaires. Ceci aura nécessairement un impact sur les modalités de contrôle de l'Etat d'accueil. Ces contrôles ne doivent pas porter atteinte au principe même du détachement au-delà de ce qui est nécessaire pour garantir une protection au salarié concerné. C'est ce qu'a rappelé la Cour de justice dans de nombreuses affaires<sup>183</sup>.

En se prononçant sur des mesures de contrôles mises en place par certains Etats membres, elle nous permet de dresser une esquisse des types de contrôle pouvant être opérés sans risquer de porter atteinte à l'objectif principal, la libre prestation de services. Ainsi, suite à l'arrêt *Vander Elst*<sup>184</sup>, il a été jugé qu'une autorisation spécifique ou un enregistrement préalable au détachement ne constitue pas une mesure de contrôle proportionnée. En revanche, les arrêts *Commission contre Luxembourg* et *Commission contre Allemagne*<sup>185</sup> acceptent l'idée d'une déclaration de détachement à vocation informative uniquement et attestant de la régularité de la situation du salarié dans son pays d'origine. La tenue de documents relatifs aux conditions de travail, de santé et de sécurité sur le lieu de travail peut également être imposée par les Etats membres pour permettre les contrôles nécessaires<sup>186</sup>.

Ainsi, les règles sociales applicables peuvent être contrôlées par le biais des déclarations de détachement, des contrats de travail ou encore des bulletins de paie (ou équivalents). Mais que faire lorsque ces documents sont absents ? Ou faux ? Ou incomplets ? Pire, comment faire lorsque ces travailleurs sont reconnus sous le statut de travailleurs indépendants ? Aucun contrôle de leur rémunération ni de leurs heures de travail ne peut être effectué.

La directive 96/71 envisage également dans ses articles 5 et 6 l'idée d'une possible sanction en cas de manquement au respect des règles énoncées et la possibilité d'intenter une action en justice.

Très général et laissant une large marge de manœuvre aux Etats membres, l'article 5 dispose que « les États membres prennent des mesures adéquates en cas de non-respect de la présente

---

<sup>183</sup> Par exemple : CJCE, 21 octobre 2004, *Commission contre Luxembourg*, affaire C-445/03, et CJCE, *Commission contre Allemagne*, 19 janvier 2006, affaire C-244/04.

<sup>184</sup> CJCE, 9 août 1994, *Raymond Vander Elst*, affaire C-43/93 ; CJCE, 7 octobre 2010, *Vitor Manuel dos Santos Palhota*, affaire C 515/08.

<sup>185</sup> CJCE, 21 octobre 2004, *Commission contre Luxembourg*, affaire C-445/03, point 40, et CJCE, 19 janvier 2006, *Commission contre Allemagne*, affaire C-244/04, point 36.

<sup>186</sup> CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade et Leloup*, affaires jointes C-369/96 et C-376/96.

directive. » Une amende infligée dans un Etat membre sera-t-elle réellement exécutée dans l'Etat d'origine ? Peut-être aurait-il été plus opportun de se doter d'instruments communautaires communs pour lutter efficacement et sanctionner les infractions commises par les prestataires de services au sein de l'UE. Certains Etats membres – dont la France - se sont dotés d'un mécanisme de responsabilité solidaire<sup>187</sup>, imposant une obligation de contrôle au bénéficiaire de la prestation de services, mais dans l'arrêt *Wolff et Müller*<sup>188</sup>, la Cour de justice s'attache à préciser qu'une telle mesure doit être proportionnée à l'objectif poursuivi, et ne doit pas contrevenir à la libre prestation de services.

L'article 6 de la directive pose qu'une « action en justice peut être intentée dans l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est ou était détaché, sans préjudice, le cas échéant, de la faculté d'intenter, conformément aux conventions internationales existantes en matière de compétence judiciaire une action en justice dans un autre État ». Certes les salariés ont la possibilité d'intenter une action, mais encore faut-il que ceux-ci soient informés de la faculté qui leur est offerte. D'autant plus que l'enchevêtrement des législations auquel ils sont confrontés complexifie considérablement leur tâche. Il n'est d'ailleurs pas aisé d'accéder aux conventions collectives applicables à leur situation, ou de comprendre les différentes législations de transposition, sans même parler de l'obstacle que constitue la langue étrangère. Aucune possibilité de recours collectifs ne leur est ouverte, rien non plus ne concerne une éventuelle action en substitution que pourrait tenter un syndicat. Encore faut-il d'ailleurs que ces salariés osent dénoncer leurs conditions d'emploi et de travail. Même si ceux-ci ont conscience de ne pas être rémunérés conformément à la législation qui s'applique à eux, on peut supposer une réticence de leur part à dénoncer le problème. Souvent, originaires d'Etats où les conditions de travail et d'emploi sont bien plus mauvaises que dans le lieu d'exécution de leur prestation, ceux-ci peuvent craindre d'être renvoyés chez eux et de perdre leur emploi. Des initiatives au niveau local ont vu le jour. Un programme intitulé « Faire-Mobilität »<sup>189</sup> a été développé par la Confédération allemande des syndicats (Deutscher Gewerkschaftsbund – DGB), le Ministère du travail et des affaires sociales allemand et le fonds social européen dans le but de promouvoir la libre circulation des travailleurs en Allemagne tout en leur

---

<sup>187</sup> Article L. 8222-1 du Code du travail.

<sup>188</sup> CJCE, 12 octobre 2004, *Wolff & Müller GmbH & Co*, affaire C-60/03.

<sup>189</sup> <http://www.faire-mobilitaet.de/en/ueber-uns>



garantissant des conditions de travail et d'emploi décentes et loyales. A cet effet, avec la collaboration de la CES et de la CSI<sup>190</sup>, ont été créés des centres d'information et de conseils sur le droit social applicable aux travailleurs détachés et migrants, livrant des informations concernant chacun des secteurs avec une spécialité au sein de chaque centre (Hambourg : spécialisation dans l'industrie de la viande, Stuttgart : spécialisation dans le secteur des transports et de la logistique...). Sont également organisés dans ce cadre des stages de formation pour les institutions représentatives du personnel, des travaux et des conférences internationales sur la question.

Au Royaume-Uni est né en 2011 un programme intitulé « Name & Shame »<sup>191</sup> dont le but consiste à inciter les employeurs à respecter leurs obligations en termes de versements du salaire minimum sous peine d'être « nommés », c'est-à-dire placés sur une liste noire qui fait considérablement mauvaise presse.

Le caractère transnational du mécanisme de détachement des travailleurs complexifie également l'effectivité de la directive. La mobilité des travailleurs est accrue en raison des situations économiques et sociales des différents pays de l'UE. Des travailleurs peuvent se déclarer volontaires pour se déplacer dans d'autres Etats membres, notamment pour fuir la crise et le chômage qui les affectent, pourvu qu'ils trouvent un emploi et ce quelles qu'en soient les conditions. En outre, les entreprises « éclatées » dans plusieurs Etats membres ne simplifient pas davantage la tâche. L'exemple de l'entreprise Atlanco<sup>192</sup> est significatif. Implantée en Scandinavie, cette entreprise de fourniture de main d'œuvre (notamment impliquée dans « l'affaire Flamanville »<sup>193</sup>) compte un réseau de bureaux disséminés sur l'ensemble du territoire de l'UE, ce qui ne facilite pas les contrôles.

---

<sup>190</sup> Confédération syndicale internationale : <http://www.ituc-csi.org/>

<sup>191</sup> « Salaires mini : la liste noire des entreprises » par Albane Flamant, le 2 février 2014 sur [www.metiseurope.eu](http://www.metiseurope.eu)

Plus d'informations : <https://www.gov.uk/government/news:government-names-employers-who-fail-to-pay-minimum-wage>

<sup>192</sup> <http://atlancorimec.com/about/?lang=fr>

<sup>193</sup> F. MULLER, *L'affaire Flamanville : détachement ou fraude sociale ?*, Droit social 2012, p. 675 – précité.

Ainsi, même si des programmes de coopération ont été mis en place pour tenter de répondre à ces insuffisances<sup>194</sup>, l'effectivité de la protection des conditions de travail et d'emploi du salarié détaché laisse à désirer. Il a été jugé impératif de préciser la mise en œuvre de la directive 96/71. C'est ce qu'entreprend la proposition de directive du Parlement et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, en date du 21 mars 2012<sup>195</sup>.

## 2) Le remède offert par la proposition de directive d'exécution

Face aux abus et aux problèmes de mise en œuvre relevés précédemment, pour certains une révision de la directive détachement s'imposait. C'est le cas notamment de la CES<sup>196</sup>. Déjà en 2009, on l'entendait demander : « de réviser la directive sur le détachement des travailleurs afin de rétablir son objectif premier : assurer un climat de concurrence loyale et respecter les droits des travailleurs. Plusieurs questions doivent être traitées, y compris en particulier la base juridique, la définition de travailleur détaché et de service transnational, la possibilité pour les Etats membres d'inclure la protection des travailleurs en tant que disposition d' « ordre public », et le respect du rôle des syndicats dans la négociation et la mise en œuvre des conventions collectives. Une attention particulière doit également être accordée aux procédures de marchés public et à la possibilité pour les pouvoirs publics d'introduire des clauses sociales demandant le respect de la convention collective locale »<sup>197</sup>. Ces doléances émanant de la CES font directement suite, d'une part aux arrêts jugés par certains comme « antisociaux »<sup>198</sup> de la Cour de justice de l'UE et d'autre part, aux critiques relatives au

---

<sup>194</sup> C'est le cas notamment du projet « Formation commune des inspecteurs du travail », qui a abouti à la création d'un réseau européen d'inspecteurs du travail et qui est à l'origine du site web <http://www.eurodetachment-travail.eu/>.

<sup>195</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, COM(2012) 131 – précitée.

<sup>196</sup> Confédération Européenne des Syndicats : <http://www.etuc.org/fr>

<sup>197</sup> Résolution sur « Les conditions de la liberté de circulation : Plus de protection des travailleurs et une concurrence loyale », adoptée lors du Comité de direction de la CES du 28 avril 2009.

<sup>198</sup> Voir notamment : E. DOCKES, *L'Europe antisociale*, RDT 2009, p. 145.

manque de contrôle et de coordination entre les administrations des différents Etats membres qui mettent en jeu l'effectivité des règles applicables.

La Commission et le Parlement n'ont pas suivi les préconisations de la CES mais ont opté pour une autre voie. Deux textes ont été proposés le 21 mars 2012 : un premier consistant en une proposition de règlement relatif « à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services »<sup>199</sup> et un second constituant une proposition de directive d'exécution à la directive 96/71<sup>200</sup>, destinée à clarifier les règles en matière de détachement et les acteurs concernés.

Alors que le projet de règlement dit « Monti II » n'a pas abouti notamment en raison des griefs opposés par les différents parlements nationaux qui critiquaient une violation du principe de subsidiarité en rappelant que le droit de grève relève de la compétence nationale (article 153 § 5 du TFUE)<sup>201</sup>, la proposition de directive relative à l'exécution de la directive 96/71 a été arrêtée. Mercredi 16 avril 2014, le projet législatif a été adopté au Parlement européen par 474 voix contre 158 et 39 abstentions. Le Commissaire László Andor encourageait vivement l'avancement du projet<sup>202</sup>. C'est désormais chose faite depuis le 15 mai 2014<sup>203</sup>.

Le but de ce texte est d'améliorer l'exécution des règles fixées par la directive détachement et de lutter au maximum contre les différents abus opérés en la matière. Pour cela, nombre de nouveautés ont été instaurées. Ainsi, la notion même de détachement des travailleurs est précisée à l'article 3, par l'intermédiaire d'une liste de critères permettant de s'assurer que la société qui entreprend de détacher des salariés sur le territoire de l'Union, exerce bien une

---

<sup>199</sup> Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit de mener des actions collectives dans le contexte de la liberté d'établissement et de la libre prestation des services, dit « règlement Monti II ».

<sup>200</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

<sup>201</sup> Pour plus de précisions : I. DESBARATS, *Détachement dans le cadre d'une prestation de travail internationale : vers une révision du droit communautaire*, Cahiers de droit de l'entreprise n° 3 2013, p. 37.

<sup>202</sup> [http://europa.eu/rapid/press-release\\_STATEMENT-14-127\\_en.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_STATEMENT-14-127_en.htm) : «I urge the Council of Ministers to definitively adopt the Directive as soon as possible ».

<sup>203</sup> Directive 2014/67/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n°1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »), JO n° L159 du 28 mai 2014.

activité substantielle dans son pays d'origine. On aperçoit derrière cette disposition la volonté de lutter contre les entreprises « boîtes aux lettres » ou « coquilles vides ».

Par ailleurs, le législateur européen s'attache à pallier le manque d'effectivité des contrôles et à raviver la coopération administrative entre les Etats membres. Dans ses articles 4 et 5, la proposition de directive d'exécution vise à améliorer l'accès à l'information des salariés concernés - notamment sur le salaire minimum dû - par le rôle des bureaux de liaison. Les articles 6, 7 et 8, quant à eux, ont vocation à renforcer la coopération entre les Etats membres. L'interprétation de la Cour de justice est entérinée à travers les articles 9 et 10 qui précisent les mesures de contrôles pouvant être imposées par les Etats membres, tout en respectant le principe de la libre prestation de services.

Quant au volet des sanctions, celui-ci est élargi grâce à l'amélioration du mécanisme d'exécution à travers les frontières, à la possibilité de récupérer des impayés et grâce à la faculté d'intervention octroyée aux syndicats au cours d'une action en justice intentée par un salarié. L'article 12 pose également le mécanisme de responsabilité conjointe et solidaire du donneur d'ordre. Alors que selon une annonce de Madame la rapporteure Danuta Jazlowiecka en date du 28 novembre 2012, le Parlement envisageait la suppression, le dispositif semble avoir été retenu comme suit : « que, dans les chaînes de sous-traitance, le contractant dont l'employeur/le prestataire de services relevant de l'article 1er, paragraphe 3, de la directive 96/71/CE est un sous-traitant direct puisse, en sus ou en lieu et place de l'employeur, être tenu responsable par le travailleur détaché pour ce qui concerne toute rémunération nette impayée correspondant aux taux de salaire minimal [...] ».

Force est de constater que ce projet permettrait quelques avancées. L'amélioration et la précision des mécanismes d'accès à l'information et de coopération administrative, y compris dans l'exécution des sanctions, s'avèrent nécessaires aujourd'hui. De même, la technique du faisceau d'indices employée pour démontrer l'existence réelle d'une activité économique de l'entreprise de détachement semble constituer un bon moyen de lutter contre les sièges sociaux fictifs et les fraudes aux charges sociales notamment. Est-ce suffisant pour autant ?

Malgré les précisions du texte, des doutes subsistent quant à l'effectivité des contrôles qui seront effectués et quant à la fiabilité et la sincérité de la coopération administrative. Les Etats membres demeurent très libres de leurs actions et implications. Il est certes nécessaire de garantir des pouvoirs d'investigations aux corps de contrôle et une bonne coopération

transfrontalière, mais en cela, la proposition de directive d'exécution semble insuffisante<sup>204</sup>. Aucune disposition ne précise expressément que les inspecteurs du travail auront directement accès au bulletin de paie pour en contrôler la conformité. Comment, d'ailleurs, s'assurer du fait que celui-ci ne soit pas fictif ? Comment s'assurer qu'aucun frais ne soit défalqué par la suite ? Même si un système de récupération des impayés a vocation à se mettre en place, sera-t-il suffisant ? Ne vaudrait-il pas mieux mettre l'accent sur la prévention, en garantissant la rémunération du salarié détaché, plutôt que sur la réparation ?

Quant au dispositif de responsabilité solidaire du donneur d'ordre, il peut constituer une mesure efficace car implique une politique de prévention menée par le bénéficiaire de la prestation de services pour échapper à la sanction<sup>205</sup>. Cela dit, la proposition de directive se contente de limiter le champ d'application de la disposition au seul secteur de la construction et au seul contractant direct du sous-traitant. Quid des chaînes de sous-traitances qui permettront aisément de faire échapper à la sanction ?<sup>206</sup> La France a opté pour une transposition anticipée de la directive et notamment de la disposition relative à la responsabilité solidaire. Une proposition de loi pour lutter contre le dumping social et la concurrence a été adoptée par l'Assemblée Nationale et le Sénat<sup>207</sup>. Elle a pour but de renforcer les obligations du donneur d'ordres qui devra veiller au respect par le sous-traitant de la déclaration de détachement sous peine d'amende, et prévoit l'instauration d'une liste noire où seront mentionnées les entreprises condamnées pour travail illégal.

Plus préoccupant encore, la proposition de directive d'exécution est muette au sujet de l'applicabilité des conventions collectives qui ne sont pas d'application générale. Elle ne

---

<sup>204</sup> Critiques de la CES notamment : Position de la CES sur la directive relative à l'exécution de la directive concernant le détachement des travailleurs adoptée lors du Comité exécutif des 5 et 6 juin 2012.

<sup>205</sup> Pour une réaction contrastée : "BUSINESSEUROPE is convinced that an obligatory introduction of joint and several liability in subcontracting in the context of posting of workers would harm development of the single market in services and distort competition between companies operating in the EU" :

[www.businesseurope.eu/DocShareNoFrame/docs/1/IBCCLLCALDIOECOCHFMPDPPDW69DWY7N9LTE4Q/UNICE/docs/DLS/2013-01296-E.pdf](http://www.businesseurope.eu/DocShareNoFrame/docs/1/IBCCLLCALDIOECOCHFMPDPPDW69DWY7N9LTE4Q/UNICE/docs/DLS/2013-01296-E.pdf)

<sup>206</sup> Pour plus de précisions sur le dispositif : S. ROBIN-OLIVIER, *Vers un nouveau régime du détachement des travailleurs ?*, RDT 2014, p. 134.

<sup>207</sup> Proposition de loi n°1686 de l'Assemblée Nationale, visant à renforcer la responsabilité des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordre dans le cadre de la sous-traitance et à lutter contre le dumping social et la concurrence déloyale, 8 janvier 2014.

résout en rien le problème crucial de l'absence de protection de la rémunération du salarié détaché lorsqu'il n'existe, dans l'Etat d'accueil, aucun salaire minimum légal ni conventions collectives d'application générale. Elle ne mentionne pas non plus, ni ne précise, la possibilité de recours au système palliatif à défaut de système de déclaration d'application générale. De la même manière, la proposition de directive d'exécution ne revient aucunement sur les interprétations de la Cour de justice concernant les possibilités d'extension du noyau dur et la notion de « dispositions d'ordre public ».

La CES<sup>208</sup> souligne enfin que pour poursuivre une dimension sociale de protection des travailleurs comme le législateur européen semble y aspirer, une double base juridique devrait être avancée et ce, en mettant à profit l'article 153 du TFUE.

Le droit à la rémunération, droit fondamental aussi bien consacré au niveau international qu'europpéen, fait certes l'objet d'une protection bénéficiant aux salariés détachés par le biais du noyau dur de la directive « détachement », mais celle-ci ne s'impose finalement qu'aux salaires minimaux. Qu'en est-il des autres éléments de rémunération ? Une telle protection est-elle suffisante pour assurer un niveau de vie décent au salarié détaché ? Peut-il aspirer à une égalité de traitement en termes de rémunération avec les travailleurs nationaux permanents ? Même si la proposition de directive d'exécution du 21 mars 2012 a désormais été adoptée, et malgré sa vocation à lutter contre de nombreux abus, celle-ci demeure vaine pour ce qui est d'assurer une meilleure protection du salarié détaché en lui garantissant un revenu décent et égalitaire. Comment faire ?

---

<sup>208</sup> Position de la CES sur la directive relative à l'exécution de la directive concernant le détachement des travailleurs adoptée lors du Comité exécutif des 5 et 6 juin 2012.

## **PARTIE 2 : La détermination d'une rémunération minimum au salarié détaché lui conférant un statut égalitaire**

Le droit au bénéfice d'une rémunération décente pour tous les travailleurs constitue un premier aspect du droit fondamental à la rémunération. Il est en effet consacré par les textes, aussi bien à l'échelle européenne qu'internationale. L'article 23 § 3 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme dispose ainsi que « quiconque travaille a droit à une rémunération équitable et satisfaisante lui assurant ainsi qu'à sa famille une existence conforme à la dignité humaine [...] ». De même, la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs prévoit à son article 5 que « soit assurée aux travailleurs une rémunération équitable, c'est-à-dire une rémunération suffisante pour leur permettre d'avoir un niveau de vie décent ». Cette protection du droit à une rémunération décente permet aux travailleurs d'obtenir un salaire conforme aux exigences minimales, suffisant et correct pour vivre dignement. Si cela vaut pour tous les travailleurs, cela vaut également pour les travailleurs détachés. Mais la question qui se pose est alors celle de savoir si garantir au salarié détaché le bénéfice du salaire minimum du pays dans lequel il exécute sa prestation de travail, comme le fait la directive 96/71, suffit à protéger son droit à une rémunération décente. En outre, même si cette protection de la rémunération est consacrée dans le texte de la directive, elle demeure soumise à la condition que le salaire minimal soit prévu légalement ou par voie conventionnelle. Or, comment assurer une protection en l'absence de tels dispositifs ? L'instauration d'un salaire minimum universel dans chacun des Etat membre de l'UE pourrait constituer une solution (section 1).

Il conviendra ensuite de s'interroger sur le point de savoir si cette protection figurant dans la directive 96/71, assurant un salaire minimum au bénéfice des salariés détachés, suffirait à les placer dans une situation d'égalité avec les travailleurs nationaux permanents sur un même lieu de travail. En effet, le droit à l'égalité de traitement en termes de rémunération constitue un deuxième aspect du droit fondamental à la rémunération dont doivent bénéficier tous les travailleurs. Il est reconnu par de nombreux textes européens et internationaux<sup>209</sup>, sans pour autant figurer dans la directive « détachement ». Si tous les travailleurs sont concernés, il

---

<sup>209</sup> Article 23 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, notamment.

s'agira de s'interroger sur une possible extension de ce droit au bénéfice des travailleurs détachés (section 2).

### **Section 1 : Le droit du salarié détaché à un niveau minimal de rémunération**

Même si la directive 96/71 garantit au salarié détaché le droit au salaire minimum du pays d'accueil, la détermination de la composition dudit salaire minimum est laissée aux mains des législations nationales (§1). Mais cette protection ne sera assurée qu'à partir du moment où l'Etat membre en question prévoit un salaire minimum. Si aucun salaire minimum n'est fixé, ni par voie étatique, ni par voie conventionnelle, l'Etat d'accueil n'est pas contraint à l'application de la directive « détachement ». Le seul moyen qui permettrait alors de garantir une protection de la rémunération du salarié détaché consisterait à imposer aux Etats membres de prévoir un salaire minimum. Ceci pose la question de l'éventuelle instauration d'un salaire minimum européen (§2).

#### **§ 1. La compétence exclusive des Etats membres quant à la notion de rémunération minimale**

La directive 96/71 se contente d'insérer dans son noyau dur de règles impératives applicables au salarié détaché auquel l'Etat d'accueil ne peut déroger, la notion de salaire minimal. Elle n'indique pas pour autant ce qu'il faut entendre par une telle expression (A).

La compétence en matière de détermination du salaire minimal est renvoyée aux Etats membres, ce qui explique la diversité des situations à laquelle nous pouvons être confrontés en la matière (B).

##### **A) L'absence de réponse offerte par la directive « détachement »**

Alors que la directive ne fait que mentionner le droit au bénéfice du salaire minimum de l'Etat d'accueil pour le salarié détaché, et renvoyer la compétence en termes de fixation de ce dernier aux législations nationales (1), la Cour de justice quant à elle s'efforce de donner une ligne de conduite à suivre dans la détermination de la composition de ce que l'on entend par salaire minimum au sens de la directive « détachement » (2).



## 1) Des indications législatives partielles et floues

La directive 96/71 mentionne la notion de salaire minimum dans son article 3 § 1 c) en précisant que font partie du noyau dur « les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires ». A la lecture de cette disposition, se pose la question de savoir ce qu'on entend par « taux de salaire minimal ». Littéralement, il s'agit d'un prix fixé en dessous duquel il semble être impossible de pouvoir rémunérer le salarié<sup>210</sup>. Mais qu'insère-t-on dans ce salaire minimal : la seule contrepartie de la prestation de travail ? Des éléments accessoires tels que les primes et gratifications octroyées par l'employeur ? Des éléments périphériques tels que la participation à un plan d'épargne, l'intéressement ? La directive reste muette sur ce point.

L'alinéa 2 de l'article 3 § 1 c) se contente de préciser que « la notion de taux de salaire minimal visée au second tiret point c) est définie par la législation et/ou la pratique nationale(s) de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché. » On en conclut que sont compétentes pour définir la notion de taux de salaire minimum et surtout pour en délimiter la composition, les législations nationales des différents États membres sur lesquels sont détachés les travailleurs. On rejoint ici l'exclusion de compétence de l'article 153 § 5 du TFUE dans la mesure où les États restent souverains en matière de rémunération.

En laissant une marge d'intervention considérable aux États membres, la directive s'éloigne de toute optique d'harmonisation. En effet, la définition et la composition du taux de salaire minimum risquent de varier d'un État à l'autre. Les salaires seront différents suivant qu'ils soient déterminés au temps ou au rendement, suivant qu'il s'agisse d'un salaire horaire ou qu'il prenne la forme d'un forfait. Dans certains cas, pourra être défini un taux de base unique et conventionnel pour tel ou tel secteur et dans d'autres, seront définis différents taux de salaires selon les niveaux de qualification professionnelle et postes de travail prévus par les conventions collectives<sup>211</sup>. Les États membres peuvent aussi déterminer comme bon leur semble les diverses allocations et primes incluses dans le salaire minimal applicable<sup>212</sup>.

---

<sup>210</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9<sup>e</sup> édition, 2011.

<sup>211</sup> Voir Partie 2, Section 1, § 1, B), 1)

<sup>212</sup> C'est ce que relate le rapport des services de la Commission sur la mise en oeuvre de la directive 96/71/CE concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services {COM(2006) 159 final} du 4 avril 2006.

Aucune anticipation n'est possible, aucune ligne de conduite n'est déterminée pour définir ce qu'englobe concrètement la notion de salaire minimum et la façon dont celui-ci est calculé. Tout dépend du choix opté par l'Etat concerné.

L'article 3 § 1 c) inclut également dans le noyau dur les « taux majorés pour les heures supplémentaires ». Les heures supplémentaires constituent des heures de travail qui, accomplies au-delà de la durée légale du travail, doivent être rémunérées à un taux supérieur au taux normal<sup>213</sup>.

En droit international, on en trouve mention dans la convention n°1 de l'OIT de 1919 portant sur la durée du travail dans l'industrie. Son article 6 § 2 pose que des règlements de l'autorité publique déterminent par industrie ou profession « le nombre maximum d'heures supplémentaires qui peuvent être autorisées dans chaque cas. Le taux du salaire pour ces heures supplémentaires sera majoré d'au moins 25 pour cent par rapport au salaire normal. » La convention ne définit pas les heures supplémentaires mais précise que le taux de salaire correspondant aux heures supplémentaires est nécessairement majoré, à hauteur de 25% du salaire normal.

En droit de l'UE, la seule mention qui est faite aux heures supplémentaires se retrouve dans la directive 2003/88/CE du 4 novembre 2003 concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail. Son article 6 b) indique que la durée hebdomadaire maximale de travail, heures supplémentaires comprises, ne peut excéder 48 heures. Là non plus, aucune définition n'est précisée ; cette disposition ne concerne pas les majorations octroyées, mais uniquement la question de la durée maximale du travail.

Il est alors possible de déduire de l'ensemble de ces éléments que les heures supplémentaires et les taux majorés pour ces dernières relèvent aussi des législations nationales des différents Etats membres. C'est ainsi qu'en France, l'article L.3121-22 du Code du travail prévoit une majoration de salaire de 25 % pour chacune des huit premières heures supplémentaires, puis de 50% pour les suivantes (même si une convention collective peut déroger à ces taux, à partir du moment où elle ne passe pas sous le seuil des 10%).

---

<sup>213</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e édition, 2011.

Les régimes complémentaires de retraites sont également exclus des taux de salaire minimal selon l'article 3 § 1 c) de la directive 96/71<sup>214</sup>. En effet, la question des régimes complémentaires de retraite en matière de détachement des travailleurs est réglée par la directive 98/49/CE du 29 juin 1998 relative à la sauvegarde des droits à pension complémentaire des travailleurs salariés et non-salariés qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté<sup>215</sup>.

Selon l'article 3 § 1 de la directive 96/71, font donc partie du noyau dur de règles impératives les salaires minimums y compris les taux majorés pour les heures supplémentaires, mais l'article 3 § 7 alinéa 2 ajoute une précision : « Les allocations propres au détachement sont considérées comme faisant partie du salaire minimal, dans la mesure où elles ne sont pas versées à titre de remboursement des dépenses effectivement encourues à cause du détachement, telles que les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture ». On en déduit que le salaire minimum comprend non seulement le salaire proprement dit, mais aussi les allocations propres au détachement. Celles-ci peuvent revêtir la forme d'une indemnité comme par exemple l'indemnité d'expropriation, versée par l'employeur au salarié pour son détachement. En revanche, les indemnités qui ont pour seul objectif de compenser les surcoûts du détachement telles que les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture, ne rentrent pas dans le calcul du salaire minimum<sup>216</sup>.

---

<sup>214</sup> Article 3 § 1 c) de la directive 96/71 : « [...]le présent point ne s'applique pas aux régimes complémentaires de retraite professionnels ».

<sup>215</sup> Article 6 de la directive 98/49, JO n° L 209 du 25 juillet 1998 : « 1. Les États membres adoptent les mesures nécessaires pour que les cotisations puissent continuer à être versées à un régime complémentaire de pension établi dans un État membre par ou au nom d'un travailleur détaché qui est affilié à ce régime, pendant la durée de son détachement dans un autre État membre.

2. Lorsque, en application du paragraphe 1, des cotisations continuent à être versées à un régime complémentaire de pension établi dans un État membre, le travailleur détaché et, le cas échéant, son employeur sont exemptés de toute obligation de verser des cotisations à un régime complémentaire de pension dans un autre État membre ».

Notons d'ailleurs qu'une nouvelle directive (2014/50), relative aux prescriptions minimales visant à accroître la mobilité des travailleurs entre les États membres en améliorant l'acquisition et la préservation des droits à pension complémentaire, a été adoptée sur le sujet le 15 avril 2014 (JO n° L128 du 30 avril 2014). Elle permet notamment aux travailleurs européens qui s'installent dans un autre pays de l'UE de conserver leurs droits à retraite complémentaire.

<sup>216</sup> Rapport d'information, en date du 8 février 2011, déposé par la Commission des affaires européennes sur le détachement des travailleurs et présenté par Madame la députée Anne Grommerch.

A la lecture des articles 3 § 1 c) et 3 § 7 alinéa 2 de la directive, émergent plusieurs étapes à distinguer<sup>217</sup>.

Dans un premier temps, l'article 3 § 1 c) suppose de poser la question du contenu du salaire minimum applicable dans le pays d'accueil. La première étape est donc de déterminer la composition du salaire minimum de l'Etat d'exécution de la prestation de service dans lequel le salarié est détaché.

Dans un deuxième temps, une fois que l'on connaît les éléments composant le salaire minimum dans l'Etat d'accueil, il s'agit de procéder à une comparaison entre la somme effectivement payée au salarié détaché et le salaire minimum applicable dans le pays d'accueil. « Le Conseil et la Commission ont déclaré qu'aux fins de cette comparaison, il convient de tenir compte, lorsque la rémunération n'est pas fixée à l'heure, du rapport entre la rémunération et le nombre d'heures de travail à effectuer et de tous autres éléments pertinents. Pour le reste, c'est toute la rémunération perçue par le travailleur dans son État membre d'origine qui doit être prise en compte dans la comparaison avec les taux de salaire minimal dans l'État membre d'accueil »<sup>218</sup>. C'est par le biais de cette comparaison que l'on va pouvoir s'assurer que le salaire minimum du pays d'accueil a bel et bien été respecté.

Enfin la troisième étape, induite par l'article 3 § 7 alinéa 1, consiste à déterminer s'il est possible d'appliquer un salaire plus favorable que le salaire minimum applicable dans le pays d'accueil. Mais indubitablement, pour recourir à l'article 3 § 7 alinéa 1, il faut d'abord pouvoir déterminer ce que l'on inclut dans le taux de salaire minimum de l'article 3 § 1 c).

L'étude comparative des aspects juridiques concernant le détachement des travailleurs dans le cadre des prestations de services dans l'Union européenne réalisée par Aukje van Hoek et Mijke Houwerzijl en 2011 souligne une dernière contradiction. Dans la version anglaise de la directive, deux termes différents sont employés aux articles 3 § 1 c) et 3 § 7 alinéa 2 pour évoquer les taux de salaire minimal. En effet, à l'article 3 § 1, on retrouve l'expression

---

<sup>217</sup> Étude comparative des aspects juridiques concernant le détachement des travailleurs dans le cadre des prestations de services dans l'Union européenne du 21 mars 2011 à la Commission européenne, par Aukje van Hoek & Mijke Houwerzijl.

<sup>218</sup> Rapport des services de la Commission sur la mise en œuvre de la directive 96/71/CE concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services en date du 4 avril 2006 {COM(2006) 159 final}.

« minimum rates of pay » alors qu'à l'article 3 § 7, on parle de « minimum of wage ». Il en va de même dans la version française dans laquelle sont employés les termes de « taux de salaire minimal » et de « salaire minimum ». Dans d'autres langues, le terme utilisé est identique. C'est le cas notamment au Danemark ou aux Pays-Bas. Pourquoi faire une telle distinction dans certains cas et ne pas la reprendre dans d'autres versions ? D'autant plus qu'il semblerait que la notion de « minimum rates of pay » soit plus extensive que celle de « minimum wage ». C'est bien la preuve que la notion de taux de salaire minimal telle qu'abordée par la directive 96/71 demeure floue.

A la lecture des dispositions couvrant la notion de salaire minimum, il ressort que les Etats membres demeurent extrêmement libres de déterminer ce qu'ils entendent par l'expression « taux de salaire minimal ». Pour autant, la Cour de justice s'est prononcée en la matière pour tenter de recadrer un petit peu les choses.

## 2) Des indications prétoriennes timides

Déjà avant l'entrée en vigueur de la directive « détachement », la Cour de justice des Communautés européennes s'était prononcée sur la détermination du salaire applicable à un salarié détaché. Dans l'arrêt *Seco & Desquenne* de 1982<sup>219</sup>, la Cour jugeait déjà que le salaire minimal, qui pouvait être imposé par l'Etat d'accueil, devait être déterminé selon ses propres règles nationales.

En 2001 et 2002, la Cour a rendu une série de trois arrêts<sup>220</sup> portant sur la détermination de la loi applicable à la rémunération du salarié détaché en dehors du cadre de la directive 96/71<sup>221</sup>.

---

<sup>219</sup> CJCE, 3 février 1982, *Seco et Desquenne & Giral*, affaires jointes 62 et 63/81, point 14.

<sup>220</sup> CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni*, affaire 165/98 ; Voir notamment : JP. LHERNOULD, *Les salariés détachés ont-ils droit au salaire minimal garanti dans l'Etat d'accueil ?*, RJS 2001, p. 487.

CJCE, 25 octobre 2001, *Finalarte Sociedade de Construção Civil Lda*, affaires jointes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98 et C-68/98 à C-71/98.

CJCE, 24 janvier 2002, *Portugaia Construções Lda*, affaire 164/99 ; Voir notamment : JP. LHERNOULD, *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale - Prestation de services transfrontaliers et loi applicable aux salariés détachés*, RJS 2002, p. 299.

Aussi bien dans les arrêts *Mazzoleni* que *Portugaia*, la Cour précise une nouvelle fois que les articles des Traités relatifs à la libre prestation de services (49 et 50 du TCE, désormais 56 du TFUE) ne s'opposent pas « à ce qu'un État membre impose à une entreprise établie dans un autre État membre qui effectue une prestation de services sur le territoire du premier État membre de payer à ses travailleurs la rémunération minimale fixée par les règles nationales de cet État »<sup>222</sup>.

La Cour de justice semblait donc laisser le champ libre aux législations nationales en termes de détermination de la rémunération applicable aux salariés détachés.

Elle a tout de même fini par poser certaines limites aux États membres dans leur capacité à déterminer la composition du salaire minimum applicable prescrit par la directive « détachement », et ce notamment avec l'arrêt *Commission contre Allemagne* de 2005<sup>223</sup>. En réalité, la liberté de l'État membre s'exerce sous le contrôle des juges de l'UE qui vérifient qu'elle n'est pas constitutive d'une entrave à la libre prestation de services en refusant injustement l'intégration d'éléments de rémunération versés au salarié dans le calcul du taux de salaire qui lui est payé.

En l'espèce, était en jeu une loi allemande qui excluait de l'appréciation du salaire minimal les majorations et les suppléments accordés aux salariés détachés sur le sol allemand. Pour les entreprises qui souhaitaient détacher leurs salariés en Allemagne, imposer sa structure de rémunération constituait une mesure protectionniste qui favoriserait les entreprises nationales, à la défaveur des entreprises étrangères. En effet, la loi de transposition allemande avait défini les éléments faisant partie du salaire minimum, à savoir le salaire horaire conventionnel ainsi que la seule prime générale accordée aux travailleurs du secteur de la construction, à l'exclusion donc de tout autre élément de rémunération<sup>224</sup>. Malgré le renvoi

---

<sup>221</sup> Même si la directive aurait déjà dû être applicable, la Cour de justice en a décidé autrement, jugeant que le délai de transposition de la directive n'était pas encore écoulé au moment des faits (Arrêt *Mazzoleni*, point 17 ; Arrêt *Portugaia*, point 30).

<sup>222</sup> CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni*, affaire 165/98, point 29 et CJCE, 24 janvier 2002, *Portugaia Construções Lda*, affaire 164/99, point 21.

<sup>223</sup> CJCE, 14 avril 2005, *Commission contre Allemagne*, affaire C-341/02 ; Voir notamment : JP. LHERNOULD, *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale – Application de la rémunération minimale de l'Etat d'accueil au salarié détaché dans le cadre d'une prestation de services*, RJS juillet 2005, p. 507.

<sup>224</sup> CJCE, 14 avril 2005, *Commission contre Allemagne*, affaire C-341/02, point 28.

opéré par la directive à la compétence des Etats membres en ce qui concerne la détermination de la composition du salaire minimum, la Cour de justice intervient en posant d'abord que « ne doivent pas être pris en compte, en tant qu'éléments faisant partie du salaire minimal, le salaire pour les heures supplémentaires, les cotisations aux régimes complémentaires de retraite professionnels, les montants versés à titre de remboursement des dépenses effectivement encourues à cause du détachement ainsi que les sommes forfaitaires calculées sur une base autre que la base horaire. C'est le montant brut du salaire qui doit être pris en compte<sup>225</sup>».

Elle poursuit en précisant que des éléments qui « modifient le rapport entre la prestation du travailleur, d'une part, et la contrepartie que celui-ci perçoit, d'autre part » ne doivent pas être incorporés dans le salaire minimal<sup>226</sup>. Des éléments de rémunération tels que des primes de qualité et des primes pour des travaux salissants, pénibles ou dangereux, ne sauraient être considérés comme des éléments entrant dans la composition du salaire minimal car il est normal que si l'employeur exige que le travailleur fournisse un surplus de travail ou des heures de travail dans des conditions particulières, cette prestation supplémentaire soit compensée pour ce travailleur sans que cette compensation soit prise en compte pour le calcul du salaire minimal<sup>227</sup>.

Enfin, la Cour de justice condamne l'Allemagne en ce qu'elle n'a pas reconnu comme éléments faisant partie du salaire minimal « les majorations et les suppléments, qui ne modifient pas le rapport entre la prestation du travailleur et la contrepartie qu'il perçoit, versés par des employeurs établis dans d'autres Etats membres à leurs salariés du secteur de la construction détachés en Allemagne, à l'exception de la prime générale accordée aux travailleurs de ce secteur<sup>228</sup>». Ainsi, pour la Cour de Luxembourg, les majorations et les suppléments, non définis en tant qu'éléments faisant partie du salaire minimal par la législation nationale de l'Etat membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché, et qui modifient le rapport entre la prestation du travailleur, d'une part, et la contrepartie que celui-ci perçoit, d'autre part, ne sauraient, en vertu des dispositions de la directive 96/71, être

---

<sup>225</sup> CJCE, 14 avril 2005, *Commission contre Allemagne*, affaire C-341/02, point 29.

<sup>226</sup> CJCE, 14 avril 2005, *Commission contre Allemagne*, affaire C-341/02, point 39.

<sup>227</sup> CJCE, 14 avril 2005, *Commission contre Allemagne*, affaire C-341/02, points 38 à 40.

<sup>228</sup> CJCE, 14 avril 2005, *Commission contre Allemagne*, affaire C-341/02, point 43.

considérés comme de tels éléments. Par contre, les primes de treizième et quatorzième mois, si elles sont versées régulièrement, proportionnellement et irrévocablement pendant la période de détachement, doivent en faire partie.

Dans le récent arrêt *Isbir* de 2013<sup>229</sup>, la Cour s'est à nouveau prononcée sur la question de savoir quels éléments de rémunération doivent être inclus dans le calcul du salaire minimal. En l'occurrence, il s'agissait d'une prime consistant en un versement forfaitaire prévu par la convention collective applicable et une participation à l'épargne salariale prenant la forme d'une contribution de l'employeur à la formation d'un capital pour les salariés. Pouvaient-elles être considérées comme faisant partie du salaire minimum ?

Pour répondre à cette interrogation, la Cour de justice reprend son argumentaire déjà développé dans l'arrêt *Commission contre Allemagne*. Elle pose qu'il appartient à la législation nationale de déterminer si ces éléments peuvent être considérés comme ne modifiant pas le rapport entre la prestation du travailleur et la rémunération perçue en contrepartie<sup>230</sup>. Elle rappelle que la directive « détachement » ne s'oppose pas « à l'intégration dans le salaire minimum d'éléments de rémunération qui ne modifient pas le rapport entre la prestation du travailleur, d'une part, et la contrepartie que celui-ci perçoit au titre de la rémunération de cette prestation, d'autre part<sup>231</sup> ». Ainsi, la Cour a estimé que les versements forfaitaires devaient être intégrés au calcul de la rémunération versée au salarié pour comparaison avec le salaire minimum car ils apparaissent « comme la contrepartie de l'activité normale des travailleurs concernés<sup>232</sup> ». En revanche, la contribution à la constitution d'un capital ne paraissait pas, selon la Cour, pouvoir intégrer la rémunération minimale, car « elle se distingue du salaire proprement dit<sup>233</sup> ».

---

<sup>229</sup> CJUE, 7 novembre 2013, *Isbir*, affaire C -522/12.

<sup>230</sup> CJUE, 7 novembre 2013, *Isbir*, affaire C -522/12, point 38.

<sup>231</sup> CJUE, 7 novembre 2013, *Isbir*, affaire C -522/12, point 40.

<sup>232</sup> CJUE, 7 novembre 2013, *Isbir*, affaire C -522/12, point 41.

<sup>233</sup> CJUE, 7 novembre 2013, *Isbir*, affaire C -522/12, point 44.



En somme, comme le résume Laetitia Driguez<sup>234</sup>, doivent être intégrés au salaire minimum, les éléments de rémunération qui sont la contrepartie du travail, soit ceux « qui ne modifient pas l'équilibre prestation de travail/rémunération », c'est-à-dire tous les éléments de rémunération versés en contrepartie de la prestation normale de travail (primes de 13<sup>e</sup> et 14<sup>e</sup> mois, un versement forfaitaire prévu par une convention collective...). Mais ne doivent pas être prises en compte les sommes allouées au salarié en compensation de contraintes spécifiques, parce qu'elles modifient le rapport prestation de travail/rémunération (prime de pénibilité, majoration pour travail le dimanche, de nuit, les jours fériés...).

Malgré les bribes d'orientations livrées par l'interprétation des juges de la Cour de justice<sup>235</sup>, les Etats membres demeurent assez libres de déterminer ce qui, pour eux, fait partie du salaire minimal ou non. La protection assurée par le noyau dur de la directive « détachement » se limite à ce qu'on entend par salaire minimal dans le pays d'accueil. Or ce qui peut faire partie du salaire minimal sont soit les éléments qui sont la contrepartie du travail, soit ceux qui ne modifient pas le rapport travail/rémunération. Il est difficile alors de parler de protection de la rémunération dans son intégralité.

## **B) La détermination du salaire minimal**

Les règles de fixation, de décompte, les sources du salaire minimal, et ses modes de paiement diffèrent considérablement entre les 28 Etats membres de l'UE (1). Il en est de même des importants écarts de montants qui favorisent le jeu du dumping social pour les entreprises procédant au détachement (2).

---

<sup>234</sup> L. DRIGUEZ, *Structure du salaire minimum applicable aux travailleurs détachés*, Europe n° 1 2014, p. 33.

<sup>235</sup> Si la Cour de justice a encadré succinctement la composition du salaire du salarié détaché, elle s'est aussi prononcée sur le mode de paiement de ce dernier. Dans l'arrêt *Wolff et Müller* de 2004 (CJCE, 12 octobre 2004, *Wolf & Müller GmbH*, affaire 60/03), l'accent était mis sur une loi allemande qui imposait à l'entreprise d'accueil d'être caution du paiement des salaires versés par l'employeur originel. La question se posait de savoir si cette obligation constituait une entrave à la libre prestation de services dans la mesure où cela pouvait engendrer une réticence à recourir à de main d'œuvre étrangère. La Cour de justice a jugé qu'un tel dispositif de responsabilité solidaire était conforme au droit de l'UE et à la libre prestation de services dans la mesure où l'on poursuit un objectif de protection des travailleurs, mais un contrôle de proportionnalité est à réaliser (points 35, 36, 40 et 43).

## 1) Une diversité d'alternatives offertes aux Etats membres

Au vu de l'interprétation de la composition du « taux de salaire minimal » tel qu'il est envisagé par la directive « détachement », la marge de manœuvre laissée aux législations nationales est encore très large. Ceci explique que les systèmes soient très différents.

Concernant les sources de fixation du salaire minimum, dans certains Etats membres, le taux de salaire minimal est prévu par la législation. C'est par exemple le cas en France (avec le SMIC), mais aussi en Estonie, en Roumanie, au Luxembourg, en Pologne, au Royaume-Uni, ou encore aux Pays-Bas<sup>236</sup>. Au sein même de ces législations, des différences peuvent apparaître : des taux différents peuvent être prévus selon que le travailleur est considéré comme un adulte ou comme un jeune travailleur<sup>237</sup> ou des taux inférieurs peuvent être fixés pour les nouveaux entrants sur le marché du travail<sup>238</sup>. D'autres lois encore font des distinctions entre les qualifications des travailleurs<sup>239</sup>.

En revanche, certains Etats membres disposent de salaires minimaux fixés uniquement par le biais de conventions collectives. C'est par exemple le cas en Belgique, en Allemagne, en

---

<sup>236</sup> Étude comparative des aspects juridiques concernant le détachement des travailleurs dans le cadre des prestations de services dans l'Union européenne du 21 mars 2011 à la Commission européenne, par Aukje van Hoek et Mijke Houwerzijl.

<sup>237</sup> C'est notamment le cas en Irlande : [http://www.citizensinformation.ie/en/employment/employment\\_rights\\_and\\_conditions/pay\\_and\\_employment/pay\\_inc\\_min\\_wage.html](http://www.citizensinformation.ie/en/employment/employment_rights_and_conditions/pay_and_employment/pay_inc_min_wage.html)

Le salaire minimum d'un salarié adulte irlandais s'élève à 8,65 € par heure. Pour les salariés âgés de moins de 18 ans, il existe un autre salaire minimum, fixé à 6,06 € par heure pendant la première année d'expérience professionnelle, 6,92 € en deuxième année et 7,79 € la troisième année.

<sup>238</sup> C'est le cas à Chypre : <http://www.mlsi.gov.cy/mlsi/dlr/dlr.nsf/All/F039CE17CA09933AC2257A9300246936?OpenDocument>

Lorsqu'un salarié est recruté pour la première fois, son salaire minimum s'élève à 870 € par mois, alors qu'un salarié chypriote pouvant témoigner de six mois d'ancienneté auprès d'un même employeur pourra bénéficier d'un salaire mensuel de 924 €.

<sup>239</sup> C'est le cas au Luxembourg : <http://www.guichet.public.lu/entreprises/fr/ressources-humaines/remuneration/paiement-remunerations/salaire/>

Le salaire minimum mensuel luxembourgeois est de 1921,03 €, mais ce salaire est majoré de 20% pour un salarié qualifié, soit 2305,23 € par mois.

Italie, ou encore en Suède<sup>240</sup>. Dans ces systèmes, les salaires minimaux établis conventionnellement dépendent généralement de l'activité principale, de la qualification et de l'ancienneté des travailleurs<sup>241</sup>.

Enfin, d'autres Etats membres prévoient des systèmes mixtes dans lesquels cohabitent des taux de salaires minimaux légaux et des taux de salaires minimaux conventionnels. Les conventions collectives constituent alors une source additionnelle : elles prévoient un salaire minimum qui peut s'appliquer s'il est plus favorable que le salaire minimum légal. Le cas français est une représentation emblématique de ce système<sup>242</sup>.

Les bases de calcul des taux de salaires minimaux peuvent également différer selon les Etats membres. Ainsi, il existe des salaires à l'heure (en Irlande par exemple), des salaires fixés à la journée (Espagne par exemple), des salaires à la semaine (Malte par exemple), ou encore des salaires au mois (Hongrie ou Slovaquie par exemple)<sup>243</sup>.

S'agissant des taux de salaires minimaux, l'étendue de la notion semble être interprétée plus ou moins restrictivement selon les Etats membres. Ainsi, selon l'étude comparative menée par Aukje van Hoek et Mijke Houwerzijl, dans certaines Etats la difficulté de définir la composition du salaire minimum se pose moins que dans d'autres. En Estonie ou en Bulgarie, pays dans lesquels a été défini un taux de salaire minimal légal, le salaire minimum se limite à la stricte contrepartie de la prestation de travail. En revanche, le concept de taux de salaire minimum est interprété beaucoup plus largement dans d'autres Etats où sont appliqués des taux de salaire prévus conventionnellement (Belgique, Luxembourg, Pays Bas, France...).

---

<sup>240</sup> Étude comparative des aspects juridiques concernant le détachement des travailleurs dans le cadre des prestations de services dans l'Union européenne du 21 mars 2011 à la Commission européenne, par Aukje van Hoek et Mijke Houwerzijl.

<sup>241</sup> Par exemple, en Belgique, la Convention Collective de Travail (CCT) 43 fixe le revenu minimum mensuel garanti pour 3 catégories de travailleurs occupés à temps plein : 1 387,49 € pour les travailleurs âgés de 21 ans, 1 424,31 € pour les travailleurs âgés d'au moins 21,5 ans qui comptent une ancienneté de 6 mois et 1 440,67 € pour les travailleurs âgés d'au moins 22 ans qui comptent une ancienneté de 12 mois. La CCT est consultable sur le site du Conseil National du Travail : <http://www.cnt-nar.be/CCT-COORD/cct-043.pdf>

<sup>242</sup> Voir Partie 1, Section 1, §2, A), 2)

<sup>243</sup> Étude complémentaire sur les aspects juridiques concernant le détachement des travailleurs dans le cadre des prestations de services dans l'Union européenne pour la Commission européenne (N° de contrat VC/2011/0096), réalisée par Aukje van Hoek et Mijke Houwerzijl, en date du mois de novembre 2011.

Prenons l'exemple français. Toujours selon l'étude comparative menée par Aukje van Hoek et Mijke Houwerzijl, en France, le taux de salaire minimum comprend le salaire de base, les avantages en nature, les primes de productivité ainsi que les indemnités de détachement mais pas les allocations d'heures supplémentaires, les primes d'ancienneté ou encore de pénibilité, ni les primes de 13<sup>e</sup> mois, la participation et les primes de congés (sauf si elles sont versées au mois)<sup>244</sup>. Des indications sont en effet données par le Code du travail. L'article L. 1262-4 pose qu'est applicable au salarié détaché sur le territoire français, le salaire minimum français y compris les majorations pour heures supplémentaires. Les articles R. 1262-7 et R. 1262-8 du Code du travail précisent les choses en rajoutant que les dispositions relatives à la mensualisation<sup>245</sup> s'appliquent aux salariés détachés sur le territoire français et que les allocations propres au détachement font parties du salaire minimal, alors que les sommes versées à titre de remboursement des dépenses encourues à cause du détachement ainsi que les dépenses engagées par l'employeur du fait du détachement (dépenses de voyage, de logement ou de nourriture) en sont exclues et ne peuvent être mises à la charge du salarié détaché. La circulaire DGT 2008/17 en date du 5 octobre 2008 donne également des précisions quant au mode de calcul du salaire minimum applicable aux salariés détachés sur le territoire français : « Le salaire minimum se calcule sur le montant brut du salaire, et de la même façon que pour les salariés français (Article D. 3231-6 du Code du travail). Ainsi, l'employeur des salariés détachés doit respecter, lorsqu'il est plus favorable que le SMIC, le salaire minimum prévu par les stipulations de l'accord ou de la convention collective étendue applicable. La prime d'expatriation, versée par l'employeur au salarié pour son détachement, est bien une « allocation propre au détachement » et sera pris en compte dans le calcul du salaire minimal. Il en va de même pour les avantages en nature. En revanche, les indemnités compensant les seuls surcoûts du détachement (dépenses de voyage, de logement...) ne rentrent pas dans le calcul du salaire minimum. Elles viennent compenser les charges que le

---

<sup>244</sup> L'étude comparative en question n'a fait l'objet d'aucune traduction française : "In France, the pay to be taken into account includes basic salary, benefits in kind, productivity bonus and posting allowance but not reimbursements, overtime allowances, seniority and hardship allowances, 13th month, workers' participations and a holiday bonus, unless this last is payable per month worked".

<sup>245</sup> La mensualisation est un système qui permet le paiement chaque mois d'une rémunération déterminée indépendamment du nombre de jours que comporte le mois, et ce afin de neutraliser les conséquences de la répartition inégale des jours entre les 12 mois de l'année. Elle est issue de la loi du 19 janvier 1978 et est codifiée aux articles L. 3242-1 et suivants du Code du travail. – A. DUPAYS (sous la direction de), *Lamy Social*, édition 2013.

salarié n'aurait pas engagées en dehors de l'exercice de sa mission ou s'il l'avait effectuée dans son pays d'origine. Elles sont remboursées par l'employeur, indépendamment du salaire ».

Telle est la détermination de la notion de taux de salaire minimal au sens de la directive 96/71 « à la française ». Mais celle-ci varie entre les différents Etats membres de l'UE, et l'exacte définition de la notion taux de salaire minimaux que retient chacun des Etats membres va forcément impacter l'effectivité de la directive, en termes de protection des travailleurs détachés.

## 2) Des montants fortement divergents favorisant le dumping social

L'Office statistique de l'Union européenne (Eurostat) s'est livré à une comparaison entre les salaires minimums mensuels des différents pays membres de l'UE<sup>246</sup>. Les contrastes sont frappants et l'écart le plus grand s'observe entre le salaire minimum mensuel bulgare qui s'élève à 174 € et le salaire minimum mensuel luxembourgeois qui atteint aujourd'hui les alentours de 1921 €<sup>247</sup>. Les Etats membres de l'UE peuvent être classés en trois groupes. Le premier groupe comprend onze pays dont le salaire minimum est inférieur à 500 € par mois (Bulgarie, Roumanie, Lettonie, Lituanie, République Tchèque, Estonie, Hongrie, Slovaquie, Pologne et Croatie). Le second groupe rassemble cinq Etat membres dont le salaire minimum peut se qualifier d'intermédiaire, compris entre 500 € et 1000 € par mois (Portugal, Grèce, Malte, Espagne et Slovénie). Enfin, le troisième groupe réunit six Etats membres dont le salaire minimal mensuel dépasse les 1000 € (Royaume-Uni, France, Irlande, Pays Bas, Belgique et Luxembourg).

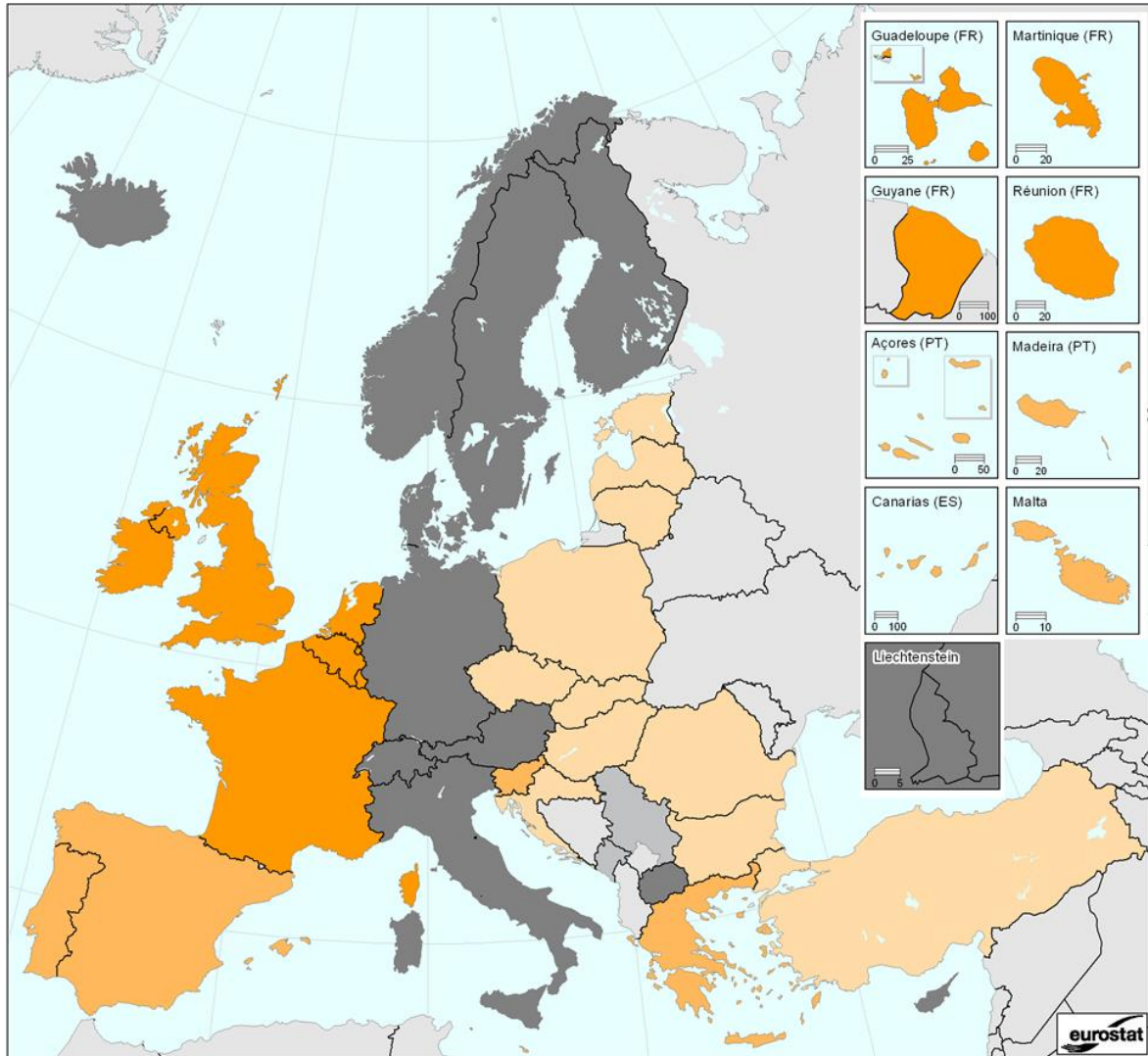
A la lecture du document situé ci-dessous, on s'aperçoit que les pays dont les salaires minimums sont les plus faibles sont essentiellement des pays de l'Est entrés récemment au sein de l'Union. A contrario, les pays dont les salaires sont les plus élevés faisaient partie des Etats fondateurs. Comment expliquer de telles divergences au sein d'une organisation où se sont regroupés volontairement des Etats dans le but d'aboutir à une union économique et politique afin de favoriser le progrès économique et social ?

---

<sup>246</sup> [http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics\\_explained/index.php/Minimum\\_wage\\_statistics](http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Minimum_wage_statistics)

<sup>247</sup> Les chiffres datent du mois de janvier 2014.

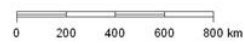
## Minimum wages, 1 January 2014



(EUR per month)



Administrative boundaries: © EuroGeographics © UN-FAO © Turkstat  
Eurostat\IMAGE



Source: Eurostat (online data code: *earn\_mw\_cur*)

En réalité, le fossé entre ces différents salaires paraît bien moins important lorsque l'on prend en compte les standards de pouvoir d'achat<sup>248</sup> des pays concernés. La comparaison des produits intérieurs bruts<sup>249</sup> par habitant mesurés en standard de pouvoir d'achat donne une vue d'ensemble des niveaux de vie dans toute l'Union européenne (*annexe I*). Ainsi, les pays du premier groupe qui affichent des salaires minimums plutôt faibles sont également ceux dont le niveau des prix et le niveau de vie est le plus bas. A l'inverse, les pays du troisième groupe qui semblaient présenter des taux de salaires minimaux élevés, ont également un niveau de vie et des prix plus élevés. En prenant en compte les différences de niveau de vie, les importants écarts que nous avons relevés auparavant sont alors quasiment effacés.

Lorsque l'on applique ce constat à la situation particulière que constitue le détachement des travailleurs, les flux de mobilité salariale de plus en plus importants en matière de libre prestation de services s'expliquent aisément. En effet, si un salarié bulgare est envoyé temporairement en France par son employeur dans le but d'accomplir une prestation de services et que, pendant la durée de ce détachement, il bénéficie du SMIC français, il se verra alors octroyer une rémunération bien supérieure à ce qu'il aurait perçu pour un même travail dans son pays originel. Rapporté au niveau de vie et des prix en Bulgarie, l'avantage est considérable pour ledit salarié concerné.

Les salaires minimums relevés ici sont les salaires minimums bruts, c'est-à-dire sans déduction des charges sociales. Le salaire brut constitue en réalité l'assiette des cotisations. Or le coût du travail se calcule en prenant en compte aussi bien la rémunération que les charges sociales afférentes. Le montant de ces charges sociales diffère considérablement d'un Etat à un autre. Ainsi, pour l'exemple le plus frappant, le montant total des charges sociales patronales à Chypre s'élève à 6,8% contre 48,65% en Belgique<sup>250</sup>. Comme le précise

---

<sup>248</sup> <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/standard-pouvoir-achat.htm> : Le standard de pouvoir d'achat (SPA) est une unité monétaire artificielle qui élimine les différences de niveaux de prix entre les pays. Ainsi, un SPA permet d'acheter le même volume de biens et de services dans tous les pays. Cette unité permet des comparaisons en volume significatives des indicateurs économiques entre les pays.

<sup>249</sup> <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/produit-inter-brut-prix-march.htm> : Le produit intérieur brut (PIB) est un agrégat représentant le résultat final de l'activité de production des unités productrices résidentes. Le PIB est un indicateur de production de richesses, mais le PIB par habitant mesure le niveau de vie.

<sup>250</sup> Belgique : <http://www.cleiss.fr/docs/cotisations/belgique.html>

Chypre : <http://www.cleiss.fr/docs/cotisations/chypre.html>

expressément le considérant n°21 de la directive « détachement », tout ce qui relève de la protection sociale n'est pas réglementé par ladite directive mais par les règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale<sup>251</sup>. Selon l'article 12 § 1 du règlement n° 883/2004 et les précisions de l'article 14 du règlement n° 987/2009, le principe demeure celui selon lequel le travailleur reste affilié au régime de sécurité sociale de l'Etat d'établissement pendant la prestation temporaire dans un autre Etat. Le but est en effet de faciliter l'exercice de la libre prestation de services en simplifiant les formalités des entreprises. Mais pour les deux éléments constitutifs du coût du travail, deux régimes complètement différents s'appliquent alors puisque le salaire minimum est soumis au principe du pays d'accueil alors que les charges sociales dépendent du principe du pays d'origine.

Or, ce sont précisément les différences de coût du travail qui sont facteurs de dumping social, « entendu comme une situation dans laquelle des prestataires étrangers peuvent fournir un service à un prix inférieur à celui pratiqué par les prestataires locaux, grâce à des normes sociales moins exigeantes<sup>252</sup> ». Ainsi, certes la directive 96/71 impose l'application de certaines exigences du pays d'accueil dont les taux de salaires minimaux, pour autant la dimension charges sociales en est complètement exclue. « Il peut en résulter un avantage concurrentiel non négligeable dont la directive « détachement » ne se préoccupe pas... mais qui n'a pas échappé à certains prestataires dont la domiciliation n'est pas toujours le fruit du hasard ! »<sup>253</sup>. Ainsi, assurer au salarié détaché l'application du salaire minimum en vigueur dans le pays d'accueil peut favoriser sa protection mais il s'agit d'une mesure insuffisante pour lutter contre les risques de dumping social qui existent actuellement au sein de l'UE.

Lorsqu'un salaire minimum est prévu, celui-ci est protégé par le noyau dur de la directive « détachement ». Pour autant, cette protection demeure limitée à ce que chaque Etat membre intègre dans le salaire minimum, et ce malgré les indications de la Cour de justice de l'UE. Mais que se passe-t-il lorsqu'aucun salaire minimum n'existe ? Des pays comme

---

<sup>251</sup> Règlement (CE) n°883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et règlement (CE) n°987/2009 du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale.

<sup>252</sup> I. DESBARATS, *Détachement dans le cadre d'une prestation de travail internationale - Vers une révision du droit communautaire*, Cahiers de droit de l'entreprise n° 3 2013, p. 37.

<sup>253</sup> M. DEL SOL ET M. LE BARBIER-LE BRIS, *Faut-il réviser la directive Détachement ? Une révision doublement nécessaire*, RDT 2012, p. 262.



l'Allemagne, l'Italie ou encore la Suède sont directement concernés par ce problème. Serait-il possible d'imposer aux Etats membre la mise en place d'un salaire minimum garanti, dont la composition serait la même pour tous les Etats membres ?

## **§ 2. Les voies pour assurer un salaire minimum garanti**

Tous les Etats membres n'imposent pas un salaire minimum. Comment faire alors pour assurer une protection si rien n'est prévu au niveau national ? L'UE ne semble pas pouvoir intervenir en la matière puisque sa compétence est exclue en matière de rémunération comme le précise l'article 153 § 5 du TFUE. La compétence revient aux Etats membres qui peuvent choisir ou non de fixer un tel plancher. Or pour garantir une certaine protection aux salariés, il serait opportun que chaque Etat dispose d'un salaire minimum. Comment contourner l'exclusion de compétence en matière de rémunération qui touche l'UE ? Deux modes d'action peuvent être envisagés : inciter les Etats membres à mettre en place un tel seuil (A) ou imposer la mise en place d'un taux de salaire minimal (B).

### **A) La voie incertaine de l'incitation**

Constatant qu'en l'absence de taux de salaire minimal prévu, les rémunérations versées aux salariés détachés peuvent être extrêmement basses<sup>254</sup>, la Cour de justice de l'UE semble, à travers ses jurisprudences rendues en la matière, inciter les Etats membres encore dépourvus, à se doter d'un tel dispositif pour garantir une certaine protection aux salariés concernés (1). Est-ce vraiment une méthode efficace pour autant ? (2)

#### 1) Un choix suggéré par la Cour de justice de l'Union européenne

Il est possible d'observer cette méthode d'incitation choisie par la Cour au travers des arrêts *Laval* et *Rüffert*, rendus en 2008. Dans les deux cas d'espèce, nous faisons face à deux Etats dans lesquels aucun salaire minimal légal n'est prévu et où il n'existe pas de système de déclaration d'application générale des conventions collectives (Suède), ou s'il en existe un, celui-ci ne concerne pas tous les secteurs (Allemagne).

---

<sup>254</sup> Pour un exemple : voir Partie 1, Section 2, § 1, A), 2)

Ainsi, dans l'arrêt *Laval*, la Cour, après avoir rappelé qu'aucun salaire minimum n'est fixé en Suède, explique comment sont déterminés les salaires<sup>255</sup>. En effet, il y a lieu pour la Suède de laisser les partenaires sociaux procéder à des négociations au cas par cas, lieu de travail par lieu de travail, chantier par chantier, pour déterminer les salaires applicables. Le problème est qu'en l'espèce, la Suède n'utilise aucun des moyens prévus à l'article 3 de la directive « détachement » pour assurer un taux de salaire minimal, elle n'est donc pas en droit d'exiger que des entreprises établies dans d'autres Etats membres renégocient au cas par cas les rémunérations des salariés détachés sur son territoire. L'article 6 de la convention de Rome reste applicable et les salariés ne peuvent donc bénéficier que du salaire de leur pays d'origine (letton, en l'occurrence).

Par ce biais-là, la Cour de justice souligne implicitement que la difficulté aurait été résolue s'il n'avait pas fallu procéder à ce genre de négociations locales. Si un salaire minimum légal avait été prévu ou si la convention collective applicable en l'espèce avait été d'application générale, le litige au principal n'aurait pas eu lieu d'être, et les salariés lettons détachés sur le territoire suédois auraient pu bénéficier du salaire minimum suédois tel que le prévoit la directive.

Il en va de même dans l'arrêt *Rüffert*. Aucun salaire minimum légal n'est prévu et aucune convention collective d'application générale n'existe dans le secteur concerné<sup>256</sup>. Le principe est le même que dans l'arrêt *Laval* comme le résume bien la Cour au point 35 : « Il résulte de ce qui précède qu'un État membre n'est pas en droit d'imposer, en vertu de la directive 96/71, aux entreprises établies dans d'autres États membres, par une mesure telle que celle en cause au principal, un taux de salaire comme celui prévu par la convention collective «Bâtiments et travaux publics». » En effet, puisqu'aucun taux de salaire minimal tel que l'entend l'article 3 de la directive « détachement » n'est fixé, les salariés détachés sur le sol allemand ne peuvent bénéficier d'aucune protection en termes de rémunération. Ils restent soumis à leurs salaires d'origine. Là encore, en insistant sur le fait que c'est parce qu'aucun taux de salaire minimal

---

<sup>255</sup> CJCE, 18 décembre 2007 (Grande chambre), *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, affaire C-341/05, points 24,25 et 26.

<sup>256</sup> CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert*, affaire C-346/06, points 24 et 26.

n'est fixé en Allemagne que les salariés détachés ne peuvent bénéficier d'aucune protection, la Cour de justice dénonce implicitement un vide juridique et incite à le combler.

La solution pour se doter d'une protection efficace des salaires minimaux reste donc celle de se conformer à la directive 96/71 et d'adopter les dispositifs qu'elle prévoit. Les préconisations implicites de la Cour de justice ont-elles été suivies ? Sont-elles efficaces ?

## 2) Le risque du peu de réactions

Le problème est qu'avec cette méthode d'incitation, la Cour de justice ne fait que dénoncer implicitement la situation de certains Etats membres dans lesquels aucune protection ne peut être assurée en termes de rémunération aux salariés détachés. Elle ne condamne pas le système, elle ne fait que mettre en lumière un vide juridique. Elle n'a aucun pouvoir de sanction contraignant dans la mesure où elle précise elle-même que les Etats membres sont libres de choisir un autre système pour fixer le taux de salaire minimal, pourvu que ce système ne contrevienne pas à la libre prestation de services<sup>257</sup>. La marge de manœuvre laissée aux Etats membres est donc très large, la seule contrainte repose dans le respect de l'article 56 du TFUE. Les salaires peuvent alors être soit fixés au niveau de l'entreprise à l'issue de négociations entre les partenaires sociaux, soit au niveau de chaque contrat de travail.

Or, en réalité, le fait qu'aucun salaire minimal ne soit garanti au niveau étatique ou sectoriel constitue un atout pour les entreprises du pays d'accueil. Plus les conditions d'emploi et de travail sont basses - y compris les salaires - plus les entreprises y gagnent. En effet, s'il n'y a pas de salaire minimum, l'employeur pourra ajuster ses salaires et payer ses salariés en fonction de leur niveau de productivité. Il s'agit d'un gage de compétitivité et de productivité pour ces entreprises de ne pas être « figées » par un salaire minimum généralisé. La mise en place d'un salaire minimum, au contraire, ferait augmenter le coût du travail et c'est ce qui découragera les employeurs à embaucher ; indirectement, ceci peut d'ailleurs contribuer à une hausse du chômage. C'est pourquoi Angela Merkel faisait preuve de réticence quant à

---

<sup>257</sup> CJCE, 18 décembre 2007 (Grande chambre), *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, affaire C-341/05, point 68.

l'insertion d'un salaire minimum généralisé, qu'elle juge « tueur d'emplois »<sup>258</sup>, en Allemagne.

Certes, l'instauration d'un salaire minimum bénéficie aux salariés dans la mesure où il permet de lutter contre la pauvreté et réduire les inégalités entre les travailleurs, mais le mécanisme peut également profiter aux entreprises. En effet, comme l'explique Éric Heyer, économiste à l'Observatoire français des conjonctures économiques : lorsque l'on met en place un salaire minimum, on augmente le pouvoir d'achat des salariés qui auront alors tendance à plus consommer et ainsi faire grimper le chiffre d'affaire des entreprises<sup>259</sup>. C'est le début d'un cercle vertueux.

L'incitation de la Cour de justice a-t-elle alors porté ses fruits ? Des Etats dépourvus de salaires minimums fixes ont-ils entamé la démarche d'en mettre un en place ?

Si l'on regarde du côté de l'Allemagne, une réponse affirmative semble devoir être apportée. Associées aux plaintes en manquement déposées auprès de la Commission par des Etats membres concernant les distorsions de concurrence liées à l'emploi d'une main d'œuvre à très bas salaires, majoritairement originaire d'Europe de l'Est dans les abattoirs allemands<sup>260</sup>, ces incitations ont poussé l'Allemagne à prendre la décision d'instaurer un salaire minimum de 8,5 € de l'heure qui prendra effet à partir du 1er janvier 2015. De la même façon, la décision de George Osborne, ministre britannique des finances, qui plaide en faveur d'une hausse du salaire minimum britannique de 11% d'ici 2015, témoigne de l'importance que l'on accorde à la thématique du salaire minimum et de son montant<sup>261</sup>.

Comme le souligne également Pervenche Berès, députée européenne du Parti socialiste européen : « Si l'Allemagne s'engage sur le sujet du salaire minimum, il sera beaucoup plus facile de faire avancer le sujet à Bruxelles, au moins pour les pays de la zone Euro ». La

---

<sup>258</sup> Pour plus d'informations : [http://www.lemonde.fr/idees/article/2013/05/03/non-madame-merkel-le-salaire-minimum-n-est-pas-l-ennemi-de-l-emploi\\_3170177\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2013/05/03/non-madame-merkel-le-salaire-minimum-n-est-pas-l-ennemi-de-l-emploi_3170177_3232.html)

<sup>259</sup> Pour des renseignements complémentaires : [http://www.lemonde.fr/europe/article/2014/01/21/salaire-minimum-en-europe-quels-pays-le-mettent-en-place-et-pourquoi\\_4351831\\_3214.html](http://www.lemonde.fr/europe/article/2014/01/21/salaire-minimum-en-europe-quels-pays-le-mettent-en-place-et-pourquoi_4351831_3214.html)

<sup>260</sup> Voir Partie 1, Section 2, § 1, A), 2)

<sup>261</sup> Pour plus d'informations : [http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/01/18/le-gouvernement-britannique-propose-une-hausse-de-11-du-salaire-minimum\\_4350421\\_3234.html](http://www.lemonde.fr/economie/article/2014/01/18/le-gouvernement-britannique-propose-une-hausse-de-11-du-salaire-minimum_4350421_3234.html)

question du salaire minimum européen qui avait déjà fait débat lors des précédentes élections européennes de 2009 semble être remise sur la table<sup>262</sup>.

## **B) La voie impossible de l'obligation ?**

L'UE peut-elle imposer un salaire minimum aux Etats membres ? Si tous les Etats membres présentaient un taux de salaire minimum défini, l'application de la directive « détachement » serait facilitée et le droit au salaire minimum en vigueur dans le pays d'accueil serait protégé, dans les textes au moins. Le problème, déjà souligné, est qu'au niveau européen, en matière de rémunération, on se heurte à l'exclusion de compétences qui figure à l'article 153 § 5 du TFUE. L'UE ne peut intervenir dans le domaine, et ce depuis le traité de Maastricht. A l'inverse, il peut également être intéressant de souligner que les compétences des partenaires sociaux en matière de politique sociale sont expressément mentionnées aux articles 154 et 155 du TFUE ; la détermination de la rémunération est laissée à l'autonomie des partenaires sociaux. En ce sens, il n'est pas possible pour l'UE de décider d'un salaire minimum fixe, généralisé à tous les Etats membres.

Ce que peut éventuellement faire l'UE, c'est obliger les Etats à déterminer un taux de salaire minimum, en fixant un seuil, tout en laissant aux Etats membres la tâche de déterminer eux-mêmes les mécanismes institutionnels permettant de l'atteindre (1). Mais la question de l'instauration d'un taux de salaire minimum européen reste en débat et n'est pas exempte de toutes critiques (2).

### 1) La mise en place d'une obligation européenne de fixation d'un taux de salaire minimum

Harmoniser les salaires en vigueur dans le but de fixer un salaire minimum européen unique, applicable dans tous les Etats de l'UE semble relever de l'utopie. En effet, la technique de l'harmonisation peut se définir comme une unification d'ensembles législatifs différents au

---

<sup>262</sup> Les principaux chefs de file du Parti socialiste européen (Martin Schultz) et du Parti populaire européen (Jean Claude Juncker), ainsi que le Parti vert européen ont abordé le thème dans la campagne pour les élections européennes du 25 mai 2014.

moyen de l'élaboration d'un droit nouveau, empruntant aux uns et aux autres<sup>263</sup>. Pour mettre en place une telle harmonisation, un dispositif de « hard law » devrait nécessairement être déployé. Il pourrait prendre la forme d'une directive, ou d'une directive-cadre. Avec un tel acte juridiquement contraignant, les Etats seraient liés et devraient se doter d'un salaire minimum dans des délais explicitement spécifiés à défaut de quoi, ils seraient susceptibles de faire l'objet de sanctions financières. Ceci assurerait une certaine effectivité de la mesure. Or, au vu des différences de systèmes de détermination des salaires, des différences de montants, des différences de niveau de vie au sein des Etats membres de l'UE, la tâche serait ardue. En outre, nous comptons aujourd'hui 28 Etats membres : plus l'UE s'agrandit, plus les fossés se creusent, et plus cette option paraît difficilement envisageable. Dans la mesure où il existe des différences dans la définition nationale du salaire minimum, il s'avère inopportun de priver les Etats membres de leur liberté de fixer un salaire minimum selon leurs traditions historiques<sup>264</sup>. Enfin, et pour définitivement écarter cette hypothèse, il est encore une fois utile de rappeler qu'une telle harmonisation s'opposerait à l'exclusion de compétence de l'UE en matière de rémunération que l'on trouve à l'article 153 § 5 du TFUE.

S'orienter vers une méthode de coordination des différentes législations semble alors être une voie plus raisonnable à emprunter. Il est ici intéressant de rappeler que plusieurs méthodes de coordination existent en droit de l'UE. L'objectif de la coordination n'est pas matériel : il n'est pas de modifier les législations des différents Etats membres mais d'articuler les législations nationales. La méthode de coordination en droit de l'UE vise à articuler les législations nationales avec pour dessein de déterminer la législation nationale applicable. La méthode ouverte de coordination<sup>265</sup>, au contraire, a pour but la convergence des législations et des politiques nationales. Par ce biais, elles doivent concourir à des objectifs communs en faisant en sorte que la substance même des règles nationales se rapproche. La deuxième méthode est plus incitative, plus souple et ne repose pas sur l'adoption de normes obligatoires. Dans le cadre de cette méthode ouverte de coordination, il pourrait être demandé aux Etats membres de mettre en place un taux de salaire minimum, tout en les laissant déterminer

---

<sup>263</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e édition, 2011.

<sup>264</sup> C'est ce que défend la Fondation Robert Schuman : <http://www.robert-schuman.eu/fr/questions-d-europe/0043-le-salaire-minimum-europeen-un-projet-realizable>

<sup>265</sup> [http://europa.eu/legislation\\_summaries/glossary/open\\_method\\_coordination\\_fr.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/open_method_coordination_fr.htm)

chacun à leur échelle les modes de fixation, la composition dudit salaire et son montant. L'idée est encouragée par l'Organisation Internationale du Travail<sup>266</sup> : « l'OIT encourage les gouvernements à travers le monde à fixer des salaires minimaux qui prennent en compte non seulement les facteurs économiques mais aussi les besoins des travailleurs et de leur famille » rappelle Patrick Belser, économiste principal à l'OIT. Des études ont d'ailleurs montré, d'après l'Organisation, que verser aux employés un salaire équitable peut être profitable aux employés comme aux employeurs. Cela motive le personnel à travailler davantage et mieux et contribue à créer la paix au travail et une productivité plus élevée.

En 2012, cette même idée a également été suggérée par la Commission Européenne. Pour László Andor, Commissaire européen chargé de l'Emploi et des Affaires sociales, « le salaire minimum est un bon instrument pour lutter contre la pauvreté ». Parmi la série de propositions déployées pour lutter contre l'important taux de chômage qui frappe l'UE, on trouve celle qui consiste à instaurer un salaire minimum dans chaque pays et la possibilité de le faire varier en fonction des secteurs d'activité. En effet, dans sa communication intitulée « Vers une reprise génératrice d'emploi », la Commission demande à ce que ces salaires aient un niveau approprié et juge favorablement le principe de « salaires minimums différenciés » par secteurs, comme en Allemagne<sup>267</sup>.

Mais la Commission ne peut pas imposer des salaires minimums, qu'ils soient différenciés ou non. Son texte n'a aucune valeur contraignante et sa compétence est exclue en matière de rémunération et de politique salariale. La proposition en question ne sera appliquée que si les Etats le décident, et ce selon leur propre interprétation. La marge de manœuvre est grande.

Une autre stratégie peut être développée dans le cadre de la méthode ouverte de coordination. Elle a notamment été décrite dans un rapport intitulé « Pay in Europe in the 21st century <sup>268</sup> »

---

<sup>266</sup> [http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS\\_232000/lang--fr/index.htm](http://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/features/WCMS_232000/lang--fr/index.htm)

<sup>267</sup> Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, intitulée « Vers une reprise génératrice d'emplois » (COM(2012) 173 final) du 18 avril 2012.

<sup>268</sup> EUROFOUND (2014), *Pay in Europe in the 21st century*, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

publié par Eurofound<sup>269</sup>. Dans la seconde partie de ce rapport, deux chercheurs, Enrique Fernández-Macías et Carlos Vacas-Soriano, ont exploré la possibilité de définir un seuil de salaire minimal, avant d'en examiner les conséquences sociales, économiques et institutionnelles. En effet, l'hypothèse centrale de l'étude retient un seuil qui, pour chaque Etat membre, serait fixé à 60% de leur salaire médian. Selon l'Insee<sup>270</sup> (Institut national de la statistique et des études économiques), le salaire médian constitue le salaire tel que la moitié de la population considérée gagne moins que ce salaire médian, et l'autre moitié gagne plus. Il se différencie ainsi du salaire moyen qui est la moyenne de l'ensemble des salaires de la population considérée. L'idée ici est de cibler un seuil commun, basé sur un pourcentage du salaire médian, sans mentionner pour autant les mécanismes institutionnels nationaux qui devraient faire en sorte que les salaires minimaux soient coordonnés dans chaque pays. Chaque Etat membre se devra alors de fixer son salaire minimum selon ses propres mécanismes institutionnels nationaux et ses propres traditions industrielles, mais en respectant ce seuil équivalent à 60% du revenu médian.

Deux autres variantes d'un salaire minimum européen ont été proposées au sein de cette étude : une première correspond à un salaire minimum fixé 50% des salaires moyens. La deuxième variante consiste en une hypothèse basée sur 60% des salaires médians par pays et par secteurs, plus conforme aux salaires minima déterminés par négociations collectives comme en Allemagne, en Suède, Italie, etc.

Mais ce que les chercheurs font ressortir de cet examen des trois variantes proposées, c'est qu'un consensus sur la question serait bien difficile à obtenir. Bien trop de modalités, de positions, d'intérêts nationaux divergents ont été soulevés, sans même évoquer le mode de calcul d'un tel salaire qui différerait largement d'un Etat à un autre.

A la lecture de ces propositions, malgré l'exclusion de compétence de l'article 153 § 5 du TFUE, on se rend compte que les enjeux de l'instauration d'un salaire minimum européen ont largement touché et préoccupent les institutions et organes de l'UE. D'ailleurs, dans un projet d'avis présenté dernièrement, le 13 mai 2014, le Conseil économique et social européen a

---

<sup>269</sup> La Fondation européenne pour l'amélioration des conditions de vie et de travail (EUROFOUND) est un organe tripartite de l'Union qui a été institué dès 1975 dans le but de contribuer à la planification et à la mise en place de meilleures conditions de vie et de travail en Europe.

<sup>270</sup> <http://www.insee.fr/fr/methodes/default.asp?page=definitions/salaire-median.htm>



proposé plusieurs mesures visant à développer la dimension sociale de l'Union européenne, parmi lesquelles on retrouve la mise en place des salaires minima dans toute l'UE. Le CESE appelle à « l'inscription à l'agenda social de l'UE, comme un objectif vers lequel tendre, du principe dans tout État européen, d'un salaire minimum », qui « pourrait représenter à terme 60 % du salaire moyen national »<sup>271</sup>. Les principaux partis européens semblaient d'accord sur cette réforme pendant la campagne précédant les élections européennes du 25 mai dernier (mais pas dans les mêmes conditions)<sup>272</sup>. La question actuelle demeure celle de savoir si la nouvelle Commission et le nouveau Parlement s'attèleront à la tâche. Mais même si instaurer un tel salaire minimum européen assurerait une plus grande protection du salarié détaché, d'autres inconvénients et obstacles, quelle que soit la méthode employée pour y parvenir, restent à examiner.

## 2) Les obstacles à l'imposition d'un taux de salaire minimum

Les Verts et le Parti de gauche européen veulent « harmoniser les salaires vers le haut ». Or comme évoqué précédemment, au vu des différences fondamentales qui apparaissent entre les Etats de l'UE, la tâche s'avère être ardue. D'autant plus qu'imposer une telle harmonisation repose forcément sur une intervention contraignante de l'UE, par le biais d'un règlement ou d'une directive. Que faire alors de l'exclusion de compétence figurant à l'article 153 du TFUE ? La seule possibilité d'intervention en la matière implique une réforme des traités européens. Or, là non plus, la tâche n'est pas aisée. Certes, l'initiative de la révision des traités ne suppose plus d'accord unanime des Etats membres, pour autant une procédure stricte doit être respectée. C'est la procédure de révision ordinaire, prévue à l'article 48 du TUE, qui est à suivre en matière de révision des compétences de l'UE. L'initiative peut émaner du gouvernement d'un Etat membre, du Parlement européen ou de la Commission européenne, qui soumettent au Conseil des ministres un projet de révision, transmis au Conseil européen puis aux Parlements nationaux. C'est ensuite le Conseil européen qui décide, après consultations, à la majorité simple de réunir une convention (composée de représentants de

---

<sup>271</sup> Avis du Conseil économique, social et environnemental présenté par M. Christophe Quarez, rapporteur au nom de la section des affaires européennes et internationales, intitulé « l'UE à la croisée des chemins », en date du 13 mai 2014.

<sup>272</sup> Pour plus d'informations : [http://www.lemonde.fr/europeennes-2014/article/2014/05/21/salaire-minimum-en-europe-comment-se-positionnent-les-partis\\_4422374\\_4350146.html](http://www.lemonde.fr/europeennes-2014/article/2014/05/21/salaire-minimum-en-europe-comment-se-positionnent-les-partis_4422374_4350146.html)

Parlements nationaux, des chefs d'Etats, de représentants du Parlement et de la Commission), ou de directement réunir la Conférence intergouvernementale qui adoptera les modifications. Les amendements n'entreront alors en vigueur qu'après ratification de tous les Etats membres<sup>273</sup>.

Ce n'est qu'au bout de cette longue et fastidieuse procédure qu'il serait éventuellement possible d'amender l'article 153 § 5 du TFUE afin de permettre à l'UE d'intervenir en matière de rémunération. Mais il y a fort à penser que les Etats, pour l'instant souverains en la matière, ne laisseront pas l'UE s'emparer d'une nouvelle compétence.

Cela dit, instaurer un salaire minimum européen par l'intermédiaire de la méthode ouverte de coordination n'est pas nécessairement une option plus facilement réalisable.

En effet, la première stratégie qui consiste à demander aux Etats membres de mettre en place un taux de salaire minimum, tout en les laissant déterminer chacun à leur échelle les modes de fixation, la composition et le montant du salaire, pose un problème d'effectivité. D'une part, il s'agit d'un mécanisme de soft law : aucune mesure contraignante n'est ici imposée aux Etats membres, il leur est simplement demandé de s'exécuter, mais tout cela repose sur leur (bonne) volonté. Si ceux-ci décident de ne pas respecter les préconisations que leur dictent les institutions européennes, aucune sanction ne leur sera infligée pour autant. L'efficacité de la mesure n'est donc pas garantie.

En outre, puisqu'aucun seuil n'est fixé, les Etats membres sont certes poussés à fixer un taux de salaire minimum, mais peuvent le faire comme bon leur semble, sans nécessairement tenir compte du niveau de vie des travailleurs concernés. Dotés d'une très grande marge de manœuvre en la matière, ils peuvent alors en abuser et déterminer des salaires minimums extrêmement bas qui, au lieu de lutter contre la pauvreté des travailleurs, ne fera que l'envenimer.

La seconde stratégie qui consiste à fixer un seuil, basé sur un pourcentage du salaire médian, sans mentionner pour autant les mécanismes institutionnels nationaux qui devraient faire en sorte que les salaires minimaux soient coordonnés dans chaque pays n'est pas exempte de critiques non plus, puisque ces impacts seront forcément différents selon les pays concernés. Certes, pour une grande majorité de pays, une telle hypothèse équivaldrait à une hausse du

---

<sup>273</sup> ISAAC G. et BLANQUET M., *Droit Général de l'Union européenne*, 10<sup>e</sup> édition, Sirey, Dalloz 2012, p. 295.

salaires minimum actuels : c'est le cas pour la plupart des Etats membres d'Europe de l'Est, l'Espagne, l'Irlande...etc. Mais pour d'autres, notamment l'Italie, la France ou encore le Danemark, une telle hypothèse conduirait à une réduction du salaire minimum<sup>274</sup>. Ceci ne semble pourtant pas être l'objectif poursuivi par la réforme. Une solution pour éviter cette révision à la baisse pourrait consister dans la mise en place d'une clause de non régression pour ne pas revenir sur les acquis d'aujourd'hui. Ainsi, certes il serait demandé aux Etats membres de mettre en place un salaire minimum en se déterminant par rapport au seuil de 60% du salaire médian du pays concerné, sauf pour les Etats dans lesquels le salaire minimum existant déjà est supérieur à ce seuil.

Instaurer un tel salaire minimum européen coordonné serait plus facilement envisageable dans certains Etats que dans d'autres. En effet, dans des Etats où il existe d'ores et déjà un salaire minimum légal, le système s'avère moins complexe et implique un plus petit nombre d'acteurs. Seul le gouvernement serait amené à intervenir en imposant un nouveau salaire minimum basé sur le seuil défini à l'échelle européenne. En revanche, dans les pays dans lesquels les salaires minimaux sont déterminés via négociations collectives, le passage à un tel salaire minimum européen coordonné posera plus de difficultés dans la mesure où le rôle des partenaires sociaux dans la fixation des salaires sera considérablement amoindri. Selon le degré d'intervention des partenaires sociaux en la matière, les impacts d'un tel salaire minimum seront donc différents<sup>275</sup>. Mais alors même que l'autonomie des partenaires sociaux est consacrée aux articles 152 et suivants du TFUE, en instaurant un tel minimum coordonné, ne les prive-t-on pas de leur compétence ? C'est la raison pour laquelle dans un certain nombre de pays nordiques (le Danemark, la Finlande, l'Islande, la Norvège et la Suède), on s'oppose à l'instauration d'un tel salaire minimum comme le souligne deux chercheuses du Fafo Institute du for Labour and Social Research<sup>276</sup>. Ce modèle nordique refuse l'ingérence de l'UE dans les compétences nationales et surtout, la remise en cause de l'autonomie des partenaires sociaux en matière de négociations salariales.

---

<sup>274</sup> Le tableau situé en annexe (*annexe 2*) est représentatif ; il positionne le niveau des salaires minima pratiqués dans les Etats membres par rapport à la diagonale représentant 60% des salaires médians.

<sup>275</sup> EUROFOUND (2014), *Pay in Europe in the 21st century*, Publications Office of the European Union, Luxembourg – précité.

<sup>276</sup> [http://www.metiseurope.eu/pays-du-nord-non-au-salaire-minimum\\_fr\\_70\\_art\\_29847.html](http://www.metiseurope.eu/pays-du-nord-non-au-salaire-minimum_fr_70_art_29847.html)

D'un point de vue général, un salaire minimum européen permettrait certes de relancer la demande en créant une hausse du pouvoir d'achat à travers toute l'UE, de limiter le dumping social et représenterait un symbole emblématique d'intégration et de progression vers un modèle social européen, mais la principale difficulté demeure celle d'adapter une politique unique à des pratiques et besoins nationaux très divers.

En matière de détachement spécifiquement, l'imposition d'un tel salaire minimum permettrait au salarié détaché de bénéficier du salaire minimum du pays d'accueil, et ce quel que soit son pays d'accueil puisque tous les Etats membres seraient alors dotés d'un salaire minimum. Il restera aux organes de contrôles la tâche de s'assurer de l'application pratique et effective de cette exigence. L'employeur quant à lui pourra regretter une perte d'attractivité du dispositif. Pour lui, il était souvent plus avantageux de détacher un salarié dans un pays où aucun salaire minimum légal n'était établi puisqu'en application de la Convention de Rome ou du règlement Rome I, le salarié restait alors soumis au salaire de son pays d'origine, inférieur à celui du pays d'accueil la majeure partie des cas.

Même si un salaire minimum, dont les éléments constitutifs sont expressément définis dans le pays d'accueil, est garanti par la directive « détachement », offrant ainsi une protection minimale en matière de rémunération au salarié détaché, la question de l'égalité de traitement reste en suspens. Sera-t-il pour autant en situation d'égalité salariale avec les travailleurs nationaux, sur un même lieu de travail, en accomplissant une même prestation de travail ?

## **Section 2 : Le droit du travailleur détaché à l'égalité de rémunération**

L'égalité de traitement, en matière de rémunération, peut être entendue comme le droit, pour un salarié étranger d'être rémunéré de la même façon qu'un travailleur national<sup>277</sup>. Ce droit à l'égalité de rémunération est souvent représenté sous l'adage « à travail égal, salaire égal », que l'on retrouve plus ou moins directement dans les sources textuelles européennes et internationales. Le principe est simple : un travailleur qui exécute la même prestation qu'un autre travailleur bénéficie du même traitement en matière de rémunération que ce dernier, peu importe sa nationalité. Mais ce principe s'applique-t-il à la situation particulière du

---

<sup>277</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e édition, 2011.

détachement de travailleurs ? La question se pose dans la mesure où il semblerait que la notion d'égalité soit ignorée par la directive « détachement » (§ 1).

Peut-on tout de même aspirer à ce que l'application du principe « à travail égal, salaire égal » soit étendue à la situation des travailleurs détachés ? (§ 2)

### **§ 1. L'égalité de rémunération, une exigence ignorée par la directive « détachement »**

Sans la mention d'une exigence d'égalité en matière de rémunération dans la directive « détachement », les inégalités sur un même lieu de travail entre les salariés détachés et les autres travailleurs sont inévitables (A). Une telle différence de traitement est-elle concevable nonobstant les sources européennes et internationales qui prônent l'égalité salariale entre les différents travailleurs ? (B)

#### **A) Une situation d'inégalité sur un même lieu de travail**

Dans le cadre particulier du détachement des travailleurs, où le constat de l'inégalité de traitement en matière salariale est connu (1), la question qui se pose est celle de savoir pourquoi rien n'est prévu au niveau européen pour éviter les différences de traitement en matière de rémunération. Ni la directive 96/71, ni ses interprétations jurisprudentielles n'abordent ce point (2).

##### 1) Le constat et les conséquences qui en découlent

Selon la directive 96/71, « le salarié détaché en France devrait pouvoir bénéficier des mêmes conditions d'emploi que la main d'œuvre locale. La directive n'impose cependant pas l'application de toutes les règles locales, de telle sorte qu'une certaine inégalité de traitement demeure possible, d'un point de vue non seulement factuel mais également juridique. Par exemple, en matière de rémunération, la seule obligation qui résulte des textes communautaires est d'assurer au travailleur détaché le salaire minimum prévu par la

réglementation du lieu de détachement. Rien n'oblige au respect de la règle « à travail égal, salaire égal »<sup>278</sup>.

En effet, lorsqu'un salarié est détaché temporairement par son employeur dans une entreprise d'un autre Etat membre pour effectuer une prestation de services, en vertu de l'article 3 § 1 c) de la directive 96/71, il perçoit, en contrepartie de son travail, le salaire minimum en vigueur dans le pays d'exécution de la prestation. Ainsi, par exemple, s'il s'agissait du détachement d'un salarié d'une entreprise bulgare dans une entreprise française, ledit salarié bulgare serait payé, pendant la durée de son détachement, au SMIC français ou se verrait appliquer le minimum conventionnel en vigueur dans son secteur d'activité.

Or, pour une même prestation de travail, sur un même lieu de travail, souvent un travailleur national pourra bénéficier d'une rémunération supérieure au simple minimum légal ou conventionnel qui serait octroyé au salarié détaché. Dans l'exemple cité précédemment, ceci signifierait que dans une même entreprise, un travailleur français serait mieux payé qu'un salarié bulgare détaché dans l'entreprise française qui serait simplement soumis au SMIC (ou minimum conventionnel) en effectuant pourtant la même prestation de travail.

Le travailleur détaché n'est donc pas en situation d'égalité salariale avec le travailleur national. Ce constat est encore plus frappant dans les pays dans lesquels aucun salaire minimum n'est prévu ou lorsque les dispositions de la directive 96/71 en matière de rémunération ne sont pas respectées. Par rapport au travailleur national, le salarié détaché est traité différemment voire même indécemment<sup>279</sup>.

Cette lecture de la directive, selon laquelle seul le salaire minimum en vigueur dans le pays d'accueil doit être versé au salarié détaché et pas davantage, a été confirmée par les interprétations de la Cour de justice de l'UE qui s'est prononcée à plusieurs reprises<sup>280</sup> à propos du fait que la directive ne permet pas aux Etats de subordonner la réalisation de prestations de services sur leur territoire à l'observation de conditions de travail et d'emploi allant au-delà du noyau dur. En effet, au point 47 du de l'arrêt *Commission contre*

---

<sup>278</sup> F. JAULT-SESEKE, *Les discriminations tenant à la nationalité*, Semaine sociale Lamy 2010, n°1465, p. 33.

<sup>279</sup> Voir Partie 1, Section 2, §1, A), 2)

<sup>280</sup> CJCE, 18 décembre 2007 (Grande chambre), *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, affaire C-341/05 ; CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert*, affaire C-346/06 ; CJCE, 19 juin 2008, *Commission contre Luxembourg*, affaire C-319/06.

*Luxembourg*, la Cour rappelle que le « législateur communautaire a, au travers de l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, sous c), de la directive 96/71, entendu limiter la faculté d'intervention des États membres, en ce qui concerne les salaires, aux taux de salaire minimal. » En ce sens, le salarié détaché ne peut obtenir une rémunération supérieure au taux de salaire minimal en vigueur dans le pays d'accueil. La situation d'inégalité qui concerne un travailleur détaché soumis au seul taux de salaire minimal et un travailleur national qui, pour une même prestation de travail perçoit une rémunération supérieure à ce salaire minimal n'est donc pas contraire à la directive selon la Cour.

Cette position retenue par la Cour de justice de l'UE, plutôt curieuse au regard du considérant n°17<sup>281</sup>, s'explique par le fait que la directive 96/71 est une directive « marché intérieur ». De ce fait, elle fixe intégralement les règles que les Etats sont en droit d'imposer, contrairement aux directives « droit du travail » qui se contentent de fixer des planchers. La directive 96/71 fixe donc un plancher et un plafond<sup>282</sup>.

Cette différence de traitement entre les travailleurs détachés et les travailleurs nationaux permise par la directive 96/71 a engendré des répercussions sur les entreprises des Etats d'accueil, notamment en termes de concurrence. En France par exemple, les entreprises qui n'emploient que des travailleurs nationaux ont du mal à s'aligner sur les entreprises qui recrutent des salariés détachés et qui, en les rémunérant au taux de salaire minimum, voire pire, en ne respectant pas les dispositions applicables en matière de détachement, proposent des prix 30% à 40% moins chers<sup>283</sup>.

Cette inégalité est également dénoncée du point de vue des droits du salarié détaché. Pourquoi ne bénéficie-t-il pas du même traitement que son collègue national, alors même qu'il exécute la même prestation de travail et ce, sur un même lieu de travail ? Sous prétexte du détachement, les travailleurs perçoivent des salaires excessivement bas alors que les salariés

---

<sup>281</sup> Considérant 17 de la directive 96/71 : « considérant que les règles impératives de protection minimale en vigueur dans le pays d'accueil ne doivent pas empêcher l'application des conditions de travail et d'emploi plus favorables aux travailleurs ».

<sup>282</sup> Point d'étape sur les évolutions du financement de la protection sociale par le Haut Conseil du financement de la protection social, mars 2014, p. 83.

<sup>283</sup> Pour un témoignage : [http://www.lemonde.fr/emploi/article/2013/12/19/travailleurs-detaches-tout-ce-qu-on-veut-c-est-retrouver-une-concurrence-loyale\\_4333245\\_1698637.html](http://www.lemonde.fr/emploi/article/2013/12/19/travailleurs-detaches-tout-ce-qu-on-veut-c-est-retrouver-une-concurrence-loyale_4333245_1698637.html)

nationaux, qui réalisent pourtant le même travail, bénéficient de salaires décents, allant même au-delà du salaire minimum.

Ne s'agit-il pas d'une discrimination fondée sur la nationalité ? Pervenche Berès, députée européenne et membre du groupe de l'alliance progressiste des Socialistes et Démocrates au Parlement européen réclame l'égalité salariale, au nom de la protection du travailleur : « A travail égal, droits égaux et une concurrence équitable doivent être au cœur même d'un marché unique efficace, pour protéger les travailleurs. [...] La liberté économique au sein du marché unique doit respecter les normes et pratiques de la législation du travail et des relations industrielles, y compris les droits à la représentation et aux négociations collectives, l'action collective et un salaire égal à travail égal sur un même lieu »<sup>284</sup>.

Mais, en pratique, les salariés détachés temporairement dans les pays d'accueil où les conditions de travail et d'emploi sont souvent meilleures que dans leurs pays d'origine, ne prennent pas vraiment part à ces revendications. En effet, à partir du moment où la législation en matière de détachement est respectée et qu'ils bénéficient du salaire minimum du pays d'accueil, ceux-ci gagnent à quitter leur pays d'origine et à profiter du dispositif du détachement<sup>285</sup>. A partir du moment où ces salariés font l'objet d'un meilleur traitement que dans leur pays d'origine, cela leur importe peu de savoir qu'ils bénéficient ou non d'une véritable égalité salariale par rapport aux travailleurs nationaux, dans la mesure où, dans tous les cas, ils demeurent gagnants par rapport au traitement qui leur aurait été réservé dans leur pays d'origine.

Comment expliquer ce constat d'une situation d'inégalité ? Qu'en disent le législateur et le juge européen ?

## 2) L'indifférence de la directive et de ses interprétations

---

<sup>284</sup> <http://www.pervencheberes.fr/2014/01/24/10-mesures-pour-combattre-le-dumping-social-et-proteger-tous-les-travailleurs/>

<sup>285</sup> « C'est moins physique, on travaille huit heures par jour du lundi au vendredi, et exceptionnellement quelques samedis, payés plus et avec un panier repas. Et on ne voit pas de différence avec les Français, tout le monde est au même niveau », confiait Michel, 26 ans, Polonais et embauché dans une usine fabriquant des fils électriques dans les Yvelines : [http://www.lemonde.fr/emploi/article/2013/12/19/les-travailleurs-detaches-rentables-et-malleables\\_4334146\\_1698637.html](http://www.lemonde.fr/emploi/article/2013/12/19/les-travailleurs-detaches-rentables-et-malleables_4334146_1698637.html)



Dans la directive 96/71, on retrouve une première mention de la notion d'égalité à l'article 3 § 1 g) mais la présente disposition ne concerne que l'égalité de traitement entre les sexes : les dispositions de la loi du pays d'accueil en matière d' « égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination » sont applicables au salarié détaché temporairement dans le pays d'exécution de sa prestation.

Une deuxième mention de la notion d'égalité figure à l'article 3 § 8 de la directive « détachement ». Les conventions revêtues d'un effet général ou qui ont été signées par les organisations syndicales les plus représentatives peuvent certes être prises pour base, mais qu'à partir du moment où, sur les matières énumérées, peut être constatée une égalité de traitement entre les entreprises liées par ces conventions et les autres entreprises soumises à une convention d'application générale se trouvant dans une situation similaire. Cette exigence d'égalité permet d'éviter l'émergence d'une concurrence déloyale.

Aucune référence à une exigence d'égalité de traitement des salariés en matière de rémunération n'est faite. Cela peut s'expliquer par le fait qu'aboutir à une situation d'égalité entre des travailleurs détachés temporairement sur le territoire d'un Etat membre afin d'y exécuter une prestation de services et des travailleurs nationaux ne fait pas partie des objectifs de la directive « détachement ». En effet, la directive 96/71 a été prise sur le fondement des dispositions du TFUE relatives à la libre prestation de services. Les considérants de la directive, qui en donnent les objectifs, indiquent clairement qu'il s'agit d'accompagner et d'encourager la prestation de services transnationale. Ainsi, selon le considérant n°3, « la réalisation du marché intérieur offre un cadre dynamique à la prestation de services transnationale en invitant un nombre croissant d'entreprises à détacher des travailleurs en vue d'effectuer à titre temporaire un travail sur le territoire d'un État membre autre que l'État sur le territoire duquel ils accomplissent habituellement leur travail ». D'autres considérants<sup>286</sup> énoncent des objectifs de protection des travailleurs détachés en leur garantissant l'application d'un noyau dur de règles impératives du pays d'accueil, mais sans pour autant viser à aligner le traitement du salarié détaché sur celui du travailleur national.

Comme évoqué précédemment, on constate donc une inégalité en matière de rémunération entre les salariés détachés exécutant de manière temporaire leur prestation de services dans un autre Etat membre, rémunéré au taux de salaire minimal de l'Etat en question et les

---

<sup>286</sup> Considérants 12, 13 et 14 de la directive 96/71.

travailleurs nationaux qui, pour une même prestation de travail, peuvent bénéficier d'un taux plus important. Pourtant, l'article 45 § 2 du TFUE prohibe expressément les discriminations en raison de la nationalité, tout comme le règlement 492/2011 du 5 avril 2011<sup>287</sup> relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union qui interdit toute discrimination entre travailleurs nationaux et originaires d'un autre État membre<sup>288</sup>.

A la lecture de ces dispositions, une telle différence de traitement entre un salarié détaché et un travailleur national ne saurait être tolérée. Mais ces dispositions sont pertinentes en matière de libre circulation des travailleurs. Or, le détachement des travailleurs s'inscrit, quant à lui, dans le cadre de la libre prestation de services. Aucune exigence d'égalité de traitement n'intervient alors dans ce domaine. Une telle précision figure désormais dans le considérant n°2 de la proposition de directive d'exécution, dans sa version adoptée le 16 avril 2014<sup>289</sup> : « La libre prestation des services donne notamment le droit aux entreprises de fournir des services dans un autre État membre et d'y détacher temporairement leurs propres travailleurs pour y fournir ces services. Il y a lieu, aux fins du détachement de travailleurs, de distinguer cette liberté de la libre circulation des travailleurs, laquelle donne à tout citoyen le droit de se rendre librement dans un autre État membre pour y travailler et d'y résider à cette fin, et le protège contre toute discrimination en matière d'emploi, de rémunération et de conditions de travail et d'emploi par rapport aux ressortissants de cet État membre. »

La Cour de justice ne s'est encore jamais prononcée sur la question de l'égalité de traitement des salariés détachés en matière de rémunération, même si celle-ci prend en compte l'objectif de protection des travailleurs dans sa jurisprudence. Aucune référence à l'égalité salariale n'a encore été faite. Même si dans l'arrêt *Rüffert*, elle fait bien la distinction entre libre prestation de services et libre circulation des travailleurs en la matière<sup>290</sup>.

---

<sup>287</sup> Section 2 : De l'exercice de l'emploi et de l'égalité de traitement, articles 7,8 et 9.

<sup>288</sup> Le dispositif est désormais complété par la directive 2014/54 du Parlement européen et du Conseil du 16 avril 2014 relative à des mesures facilitant l'exercice des droits conférés aux travailleurs dans le contexte de la libre circulation des travailleurs, JO n° L 128/8 du 30 avril 2014.

<sup>289</sup> Position du Parlement européen arrêtée en première lecture le 16 avril 2014 en vue de l'adoption de la directive 2014/.../UE du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur («règlement IMI»), P7\_TC1-COD(2012)0061.

<sup>290</sup> Voir ci-après : Partie 2, Section 2, §2, B, 1)

La situation particulière du salarié intérimaire et détaché temporairement dans un autre Etat membre pour exécuter sa prestation de travail est également à envisager sur ce point<sup>291</sup>. En effet, en vertu de l'article 1 § 3 c) de la directive 96/71, il est possible de procéder au détachement de travailleurs intérimaires. Or, comme le mentionne expressément l'article 3 § 1 d) de la directive 96/71, « les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire » font parties des règles impératives de la législation de l'Etat d'accueil que la directive impose d'appliquer aux travailleurs détachés. Plus encore, l'article 3 § 9 de la directive précise que « les États membres peuvent prévoir que les entreprises visées à l'article 1er, paragraphe 1, garantissent aux travailleurs au sens de l'article 1er, paragraphe 3, point c), le bénéfice des conditions qui sont applicables aux travailleurs intérimaires dans l'État membre sur le territoire duquel le travail est exécuté » : pour les intérimaires, il est donc possible d'aller au-delà des règles du noyau dur, mais ceci reste à la libre appréciation des Etats membres. Aucune obligation n'est formulée.

En revanche, la directive 2008/104/CE du 19 novembre 2008 relative au travail intérimaire impose en particulier à son article 5 § 1 un principe d'égalité de traitement selon lequel « les conditions essentielles de travail et d'emploi des travailleurs intérimaires sont au moins celles qui leur seraient applicables s'ils étaient recrutés directement par ladite entreprise pour y occuper le même poste ». Ce principe d'égalité de traitement empêcherait alors une entreprise faisant appel à des travailleurs intérimaires détachés de les rémunérer à un taux moins important que celui dont bénéficient ses salariés permanents affectés aux mêmes fonctions. Comment s'articulent les directives 96/71 et 2008/104 ?

L'objectif de la directive relative au travail intérimaire est différent : « Cette directive a pour objet d'assurer la protection des travailleurs intérimaires et le respect du principe de l'égalité de traitement qui doit permettre d'améliorer la qualité du travail intérimaire »<sup>292</sup>. Adoptée sur le fondement de l'article 156 du TFUE (politique sociale), elle se révèle être plus favorable au salarié.

A la lecture de ces deux textes de droit dérivé, l'articulation semble se faire toute seule : la directive « détachement » permet, mais n'oblige pas, aux Etats membres d'étendre aux

---

<sup>291</sup> Sur ce point : L. GAMET, *L'intérim international*, Semaine sociale Lamy n° 1475 2010, p. 43.

<sup>292</sup> N. MOIZARD et F. GAZIN, *Le détachement des travailleurs intérimaires dans l'Union européenne*, RDT 2012, p.240.

intérimaires détachés le bénéfice des conditions qui sont applicables aux travailleurs intérimaires dans l'État membre sur le territoire duquel le travail est exécuté. Lorsque les États membres se prévalent de cette possibilité prévue par l'article 3 § 9 de la directive « détachement », on retrouve un principe d'égalité de traitement entre le salarié intérimaire détaché et le travailleur national. En revanche, quand l'État membre n'utilise pas la possibilité qui lui est offerte à l'article 3 § 9, c'est là que la directive « intérim » entre en jeu dans la mesure où elle impose un principe d'égalité de traitement : pendant la durée de leur mission auprès de l'entreprise utilisatrice, les conditions essentielles de travail et d'emploi des travailleurs intérimaires sont au moins celles qui leur seraient applicables s'ils étaient recrutés directement par ladite entreprise. Mais pour Jean-Philippe Lhernould, la directive « intérim » ne peut pas être interprétée de manière autonome pour autant : « elle doit l'être conformément aux dispositions du traité relatives à la libre prestation des services quand elle s'applique à des situations transnationales »<sup>293</sup>. Pour pouvoir l'appliquer, il faudrait donc mesurer si en prônant un tel principe d'égalité de traitement, elle n'aurait pas tendance à entraver la libre prestation de services, principe fondateur du détachement des travailleurs.

Les règles en vigueur en matière de détachement des travailleurs n'envisagent donc pas de principe d'égalité de traitement en termes de rémunération entre les salariés détachés et les nationaux. Pourtant, d'autres normes européennes et internationales abordent la question.

## **B) Une situation en opposition avec les sources européennes et internationales**

En droit primaire de l'UE, ce n'est que sous l'angle de la libre circulation des travailleurs, dans le but de réaliser un marché commun qu'est consacré le droit à l'égalité de rémunération des travailleurs pour un même travail<sup>294</sup>. Des instruments consacrant des droits sociaux fondamentaux aux travailleurs ont pourtant vu le jour et abordent la question de la rémunération (1). A l'échelle internationale, l'égalité de rémunération entre travailleurs étrangers et nationaux est expressément consacrée (2).

---

<sup>293</sup> JP. LHERNOULD, *Regards : Le détachement des travailleurs intérimaires dans l'Union européenne*, RDT 2012, p. 308.

<sup>294</sup> Article 45 § 2 du TFUE.

## 1) L'influence limitée du droit de l'Union européenne

Comme évoqué précédemment, le principe de l'égalité de traitement en matière de rémunération entre travailleurs des Etats membres est consacré à l'article 45 § 2 du TFUE, mais cela s'inscrit dans le cadre de la libre circulation des travailleurs et non de la libre prestation de services qui se trouve être à la base du mécanisme de détachement des travailleurs. Il n'y a donc aucune référence à l'égalité salariale entre travailleurs nationaux et travailleurs d'un Etat membre détachés dans le but de prester un service sur le territoire d'un autre Etat membre au sein du droit primaire de l'UE.

En droit dérivé, on retrouve l'expression d'un principe d'égalité de traitement entre les travailleurs nationaux et les travailleurs ressortissant d'un autre Etat membre dans les règlements relatifs à la libre circulation des travailleurs. En effet, le règlement 492/2011 du 5 avril 2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'UE, tout comme son prédécesseur<sup>295</sup> le faisait, prévoit à son article 7 § 1 que « le travailleur ressortissant d'un État membre ne peut, sur le territoire des autres États membres, être, en raison de sa nationalité, traité différemment des travailleurs nationaux, pour toutes conditions d'emploi et de travail, notamment en matière de rémunération [...] ». Or, on retrouve dans le préambule du règlement<sup>296</sup> son champ d'application personnel : il s'applique « aux travailleurs «permanents», saisonniers, frontaliers ou qui exercent leur activité à l'occasion d'une prestation de services<sup>297</sup> ». Les salariés détachés dans un autre Etat membre dans le but d'exercer temporairement une prestation de services ne correspondent-ils pas à la notion de « travailleurs qui exercent leur activité à l'occasion d'une prestation de services » ?

D'autres instruments de droit de l'UE peuvent avoir une influence sur la question de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs. En effet, pour éviter que les droits sociaux, souvent assimilés aux droits des pauvres, soient qualifiés de « pauvres droits » comme le soulignait

---

<sup>295</sup> Article 7 § 1 du règlement 1612/68, abrogé par le règlement 492/2011.

<sup>296</sup> La même remarque pouvait être faite au sein du règlement 1612/68 comme le mentionne Michèle Bonnechère : M. BONNECHERE, *Le droit européen peut-il poser les bases d'un droit commun social ?*, Droit ouvrier 1999, n°614, p. 390.

<sup>297</sup> Considérant n°5 du règlement 492/2011.

Pierre-Henri Imbert<sup>298</sup>, les 8 et 9 décembre 1989, les Etats membres, à l'exception du Royaume-Uni, ont signé ensemble la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. N'étant pas dotée de force obligatoire, cette Charte consiste en une énonciation de droits fondamentaux, constituant le socle de l'Europe sociale, que les Etats membres devraient mettre en œuvre<sup>299</sup>. On retrouve à l'article 2 de ladite Charte la consécration de l'égalité de traitement entre les travailleurs nationaux et les travailleurs ressortissant d'un autre Etat membre en matière de conditions de travail et d'emploi dans le cadre de la libre circulation des travailleurs. Mais l'article 5, dédié au droit à une rémunération, nous concerne plus spécifiquement. Il pose notamment que : « selon des modalités propres à chaque pays: soit assurée aux travailleurs une rémunération équitable, c'est-à-dire une rémunération suffisante pour leur permettre d'avoir un niveau de vie décent; ». La Charte consacre donc le principe d'une rémunération équitable à l'ensemble des travailleurs. Or l'équité<sup>300</sup> consiste à mettre chacun sur un pied d'égalité. Selon cette disposition, un travailleur détaché aurait alors le droit au même traitement qu'un travailleur national en matière de rémunération pendant la durée de son détachement. Le problème demeure celui de l'absence de caractère contraignant de la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs. Malgré son introduction dans le droit conventionnel par le Traité d'Amsterdam en 1997, il s'agit d'une déclaration d'intention des Etats membres dont la portée demeure limitée. Cela dit, elle peut toujours servir de référence pour la Commission dans l'exercice de son droit d'initiative.

Adoptée à Nice en décembre 2000, la Charte des droits fondamentaux de l'UE se distingue de la Charte communautaire<sup>301</sup>. D'une part, elle est dotée d'une vocation générale : les droits sociaux qui y sont énoncés ont la même valeur que les droits civils et politiques. D'autre part, contrairement à la Charte communautaire, elle est dotée de la force obligatoire que lui confère

---

<sup>298</sup> PH. IMBERT, *Droit des pauvres, pauvre(s) droit(s) ? Réflexion sur les droits économiques, sociaux et culturels*, Revue de Droit Public 1989, p. 740.

<sup>299</sup> Plus d'informations : JL. CLERGERIE, *La dimension sociale de l'Union européenne*, Petites Affiches 2002 n° 173, p. 4.

<sup>300</sup> Le mot équité nous vient du latin *aequitas* qui signifie « égalité ».

<sup>301</sup> A. GRUBER, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les droits sociaux*, Petites Affiches 2010 n° 257, p. 6.

l'article 6 du TUE depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. Partant de là, assortie de la même valeur juridique que les traités, la Charte des droits fondamentaux de l'UE a la possibilité d'imposer des obligations aux Etats membres. Le problème c'est que la Charte de l'UE ne garantit pas le droit à une rémunération équitable. En effet, on retrouve certes à l'article 23 alinéa premier, une référence à l'égalité salariale entre les sexes, ou encore à l'article 31, la mention selon laquelle « tout travailleur a droit à des conditions de travail qui respectent sa santé, sa sécurité et sa dignité », mais rien ne concerne spécifiquement le droit à la rémunération. Ainsi, même si la force contraignante que revêt cette Charte est un point positif, permettant notamment à la Cour de justice de s'en servir pour donner davantage d'effectivité aux droits sociaux<sup>302</sup>, s'il n'est pas fait mention de l'égalité des rémunérations au sein de cette dernière, le dispositif risque de rester vain en la matière.

De nombreux droits proclamés par la Charte des droits fondamentaux de l'UE, comme par la Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs correspondent à des droits reconnus par des normes internationales, issues de l'Organisation des Nations Unies, ou plus spécifiquement de l'Organisation Internationale du Travail. Parmi ces derniers, l'égalité de rémunération entre travailleurs semble être consacrée.

## 2) Des influences internationales plus prometteuses

Deux types de normes sont à étudier notamment.

### a) Les normes de l'Organisation Internationale du Travail

Depuis sa création par le Traité de Versailles en 1919, l'Organisation Internationale du Travail s'est donnée pour objectifs la promotion de la justice sociale et la lutte contre les conditions de travail indignes. Dans le but de mettre en œuvre ce dessein, l'OIT a la possibilité d'adopter des normes de travail, par le biais de la Conférence internationale du travail qui regroupe des représentants des gouvernements des différents Etats membres, des

---

<sup>302</sup> Même si elle ne semble pas le faire pour autant comme le démontre le récent arrêt : CJUE, 15 janvier 2014, affaire C-176/12, *Association de médiation sociale c/ Union locale des syndicats CGT* ; Voir notamment : A. LYON-CAEN, *Evanescence de la Charte*, RDT 2014, p. 77.

représentants salariés et des représentants employeurs. Ces normes peuvent prendre la forme de conventions ou de recommandations. Alors que les recommandations n'ont aucun caractère contraignant mais prônent des principes directeurs, les conventions, quant à elles, constituent des traités internationaux juridiquement contraignants ayant vocation à être ratifiés par les Etats<sup>303</sup>. Nombreuses sont d'ailleurs les conventions de l'OIT portant sur la rémunération. On pense à la convention n°26 de 1928 sur les méthodes de fixation des salaires minima, à la convention n°99 de 1951 sur les méthodes de fixation des salaires minima en agriculture, à la convention n°131 de 1970 sur la fixation des salaires minima...etc. La convention n°111 de 1958 concernant la discrimination en matière d'emploi et de profession est également pertinente en la matière puisqu'elle concerne notamment les conditions d'emploi et partant, la rémunération. Pour autant, la seule convention de l'OIT portant sur l'égalité de rémunération est la convention n°100 de 1951. Mais comme le précise son article 1 b), l'expression « égalité de rémunération » dans le cadre de ce texte ne concerne que l'égalité salariale entre la main d'œuvre féminine et masculine.

Aucune recommandation, ni convention ne se réfère à l'égalité de rémunération entre travailleurs nationaux et salariés détachés. D'ailleurs, dans le rapport sur l'égalité au travail de 2011<sup>304</sup> rendu par l'OIT, il est certes fait mention des discriminations en matière de conditions de travail et d'emploi et donc des discriminations salariales à l'encontre des travailleurs migrants, mais aucune référence n'est faite aux salariés détachés. La Commission d'experts pour l'application des conventions et recommandations, organe de contrôle des normes internationales de travail de l'OIT, quant à elle, n'aborde la question de l'égalité des rémunérations entre travailleurs nationaux et détachés dans aucun de ses rapports annuels.

Cependant, outre les conventions et recommandations, la Conférence internationale du travail élabore également des déclarations. Il s'agit en réalité de résolutions non soumises à ratifications mais contenant des engagements symboliques de la part des Etats membres, qui ont pour but « d'édicter une déclaration formelle et de réaffirmer l'importance de certains

---

<sup>303</sup> <http://ilo.org/global/standards/introduction-to-international-labour-standards/conventions-and-recommendations/lang--fr/index.htm>

<sup>304</sup> Rapport du Directeur Général, L'égalité au travail : un objectif qui reste à atteindre, Rapport global en vertu du suivi de la Déclaration de l'OIT relative aux principes et droits fondamentaux au travail par la Conférence Internationale du Travail lors de sa 100<sup>e</sup> session en 2011. (Pour accéder au document en PDF : ISBN 978-92-2-223092-1)



principes et valeurs »<sup>305</sup>. Au lendemain de la deuxième Guerre Mondiale, la première déclaration de la Conférence a vu le jour, avant d'être annexée à la Constitution de l'OIT. Il s'agit de la Déclaration de Philadelphie, concernant les buts et objectifs de l'OIT en date du 10 mai 1944. Son troisièmement est ainsi formulé : « III. La Conférence reconnaît l'obligation solennelle pour l'Organisation internationale du Travail de seconder la mise en œuvre, parmi les différentes nations du monde, de programmes propres à réaliser : (d) la possibilité pour tous d'une participation équitable aux fruits du progrès en matière de salaires et de gains, de durée du travail et autres conditions de travail, et un salaire minimum vital pour tous ceux qui ont un emploi et ont besoin d'une telle protection; ». En ces termes, les Etats membres de l'OIT se doivent donc d'accorder la possibilité à tous les travailleurs de bénéficier d'un salaire équitable. Tous les travailleurs, y compris les salariés détachés. On retrouve ici une consécration du principe d'égalité des rémunérations. De même, la déclaration de 2008 sur la justice sociale pour une mondialisation équitable<sup>306</sup> mentionne dans son article I A ii) que la Conférence reconnaît l'importance pour les Etats membres de renforcer les mesures de protection des travailleurs, notamment en accordant « la possibilité pour tous d'une participation équitable aux fruits du progrès en matière de salaires et de gains, de durée du travail et autres conditions de travail, et un salaire minimum vital pour tous ceux qui ont un emploi et ont besoin d'une telle protection ». On y retrouve la même consécration du principe de rémunération équitable que dans la déclaration de Philadelphie. La déclaration de 2008 rajoute à son article I A iv) l'objectif de « respecter, promouvoir et mettre en œuvre les principes et droits fondamentaux au travail, qui revêtent une importance particulière en tant que droits et conditions nécessaires à la pleine réalisation des objectifs stratégiques, en notant » notamment que « la violation des principes et droits fondamentaux au travail ne saurait être invoquée ni utilisée en tant qu'avantage comparatif légitime, et que les normes du travail ne sauraient servir à des fins commerciales protectionnistes ». A la lecture de cette disposition, on peut en conclure que la déclaration prohibe le fait de justifier une différence de traitement en matière de rémunération notamment, entre deux travailleurs par des questions de compétitivité, parce que recourir à un travailleur étranger coûte moins cher que faire appel à un travailleur national.

---

<sup>305</sup> <http://www.ilo.org/public/french/bureau/leg/declarations.htm>

<sup>306</sup> Déclaration de l'OIT sur la justice sociale pour une mondialisation équitable, adoptée par la Conférence internationale du Travail à sa 97<sup>e</sup> session, Genève, 10 juin 2008.

Les déclarations consacrent un principe d'égalité salariale s'appliquant à tous les travailleurs mais le problème majeur reste celui du caractère contraignant de ces textes. Il ne s'agit que d'une énonciation de principes généraux que devraient mettre en œuvre les Etats membres, mais dans la mesure où il n'existe aucun mécanisme de contrôle, ni de sanctions pour vérifier l'application de ces principes, leur respect repose sur la bonne volonté des Etats en question.

#### b) Les normes de l'Organisation des Nations Unies

Après la Deuxième Guerre Mondiale, la Communauté internationale a exprimé la volonté de graver dans le marbre les droits fondamentaux dont dispose chaque individu. C'est ainsi que deux ans après le rattachement de l'OIT à l'Organisation des Nations Unies naît la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948. Au sein de son article 23, portant sur les conditions de travail et d'emploi, le paragraphe 2 consacre expressément le principe d'égalité salariale entre les travailleurs pour un même travail : « 2. Tous ont droit, sans aucune discrimination, à un salaire égal pour un travail égal. »

Sur la base de cette Déclaration universelle des droits de l'Homme, constituant le fondement du droit international relatif aux droits de l'Homme, ont ensuite été adoptés le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) et le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) de 1966. Ensemble, ces trois textes forment la Charte internationale des droits de l'Homme<sup>307</sup>. A l'article 7 du PIDESC, on retrouve la consécration d'un principe d'égalité en matière de rémunération pour tous les travailleurs effectuant un même travail : « Les Etats parties au présent Pacte reconnaissent le droit qu'a toute personne de jouir de conditions de travail justes et favorables, qui assurent notamment: a) La rémunération qui procure, au minimum, à tous les travailleurs: i) Un salaire équitable et une rémunération égale pour un travail de valeur égale sans distinction aucune; en particulier, les femmes doivent avoir la garantie que les conditions de travail qui leur sont accordées ne sont pas inférieures à celles dont bénéficient les hommes et recevoir la même rémunération qu'eux pour un même travail; [...] ».

L'égalité de rémunération pour un travail égal constitue donc un droit fondamental universel. En ratifiant de tels traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme, les Etats s'engagent à mettre en place une législation nationale compatible avec les principes énoncés dans lesdits

---

<sup>307</sup> <http://www.un.org/fr/documents/udhr/law.shtml>

traités. Ce n'est pourtant pas le cas en matière d'égalité des rémunérations dans la mesure où le salarié détaché reste traité défavorablement par rapport au salarié national.

Là encore, la portée de ces traités issus de l'ONU dépend de l'effectivité de leur mise en œuvre par les Etats qui les ont ratifiés, à qui il appartient de faire en sorte de respecter et protéger les principes énoncés. Le PIDESC prévoit au sein de son article 16<sup>308</sup> un mécanisme de surveillance confié au Conseil économique et social et à son organe de contrôle, le Comité des droits économiques, sociaux et culturels, chargé d'étudier les rapports que les Etats parties doivent lui remettre tous les cinq ans pour justifier la bonne application des principes énoncés par le Pacte. Un protocole facultatif a été adopté le 10 décembre 2008 dans le but de mettre en place un mécanisme de plaintes auprès du Comité des droits économiques, sociaux et culturels en raison d'une violation des droits économiques, sociaux et culturels protégés par le Pacte. Ratifié par 14 Etats<sup>309</sup>, il est entré en vigueur le 5 mai 2013, mais aucun rapport n'a été publié par le Comité en question à ce jour.

Ce principe d'égalité de traitement en matière de rémunération est donc expressément consacré à l'échelle internationale, mais aucun mécanisme de contrôle effectif n'existe pour intervenir et sanctionner, le cas échéant, une violation du texte. Bien que liés par ces traités, les Etats parties restent libres de s'y soumettre, plus ou moins rapidement et plus ou moins fidèlement.

Avec de tels fondements textuels, un principe d'égalité de traitement en matière salariale entre les travailleurs nationaux et les détachés pourraient émerger de manière à appliquer, à tout travailleur, quel que soit son statut, le principe « à travail égal, salaire égal ».

## **§ 2. L'extension du principe « à travail égal, salaire égal »**

Parmi les sources pouvant entraîner une certaine influence dans la promotion de l'égalité de traitement en matière de rémunération entre les travailleurs nationaux et les travailleurs

---

<sup>308</sup> Article 16 du PIDESC : « 1. Les Etats parties au présent Pacte s'engagent à présenter, conformément aux dispositions de la présente partie du Pacte, des rapports sur les mesures qu'ils auront adoptées et sur les progrès accomplis en vue d'assurer le respect des droits reconnus dans le Pacte [...] ».

<sup>309</sup> [https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-3-a&chapter=4&lang=fr](https://treaties.un.org/pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-3-a&chapter=4&lang=fr)

La France ne l'a pas encore ratifié.

détachés, le Conseil de l'Europe joue un rôle important par le biais de sa Charte sociale européenne (CSE) adoptée en 1961, puis révisée en 1996<sup>310</sup> (A). La première partie de cette Charte vise à reconnaître des droits fondamentaux tels que le droit à des conditions de travail équitable (article 2), le droit à une rémunération équitable assurant un niveau de vie suffisant (article 4) ou encore le droit d'exercer une activité lucrative dans un autre Etat partie, sur un pied d'égalité avec les nationaux (article 18). La seconde partie quant à elle, pose les obligations que doivent respecter les Etats parties. Ce sont l'article 4<sup>311</sup> qui consacre le droit à

---

<sup>310</sup> Il est également à noter qu'une autre source émanant du Conseil de l'Europe semble consacrer un droit à la rémunération : il s'agit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme sous l'angle de l'article 1 du Protocole numéro 1. C'est ce que laisse sous-entendre la Cour Européenne des droits de l'Homme dans les arrêts du 7 mai 2013, *Koufaki et Adedy contre Grèce* (requêtes n°57665/12 et n°57657/12) et du 31 octobre 2013, *Da Conceição Mateus contre Portugal* ainsi que *Santos Januário contre Portugal* (requêtes n° 62235/12 et n° 57725/12). Aucune mention n'est faite quant à l'égalité de traitement en matière de rémunération pour autant.

<sup>311</sup> Article 4 de la CSE : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit à une rémunération équitable, les Parties s'engagent :

1. à reconnaître le droit des travailleurs à une rémunération suffisante pour leur assurer, ainsi qu'à leurs familles, un niveau de vie décent ;
2. à reconnaître le droit des travailleurs à un taux de rémunération majoré pour les heures de travail supplémentaires, exception faite de certains cas particuliers ;
3. à reconnaître le droit des travailleurs masculins et féminins à une rémunération égale pour un travail de valeur égale ;
4. à reconnaître le droit de tous les travailleurs à un délai de préavis raisonnable dans le cas de cessation de l'emploi ;
5. à n'autoriser des retenues sur les salaires que dans les conditions et limites prescrites par la législation ou la réglementation nationale, ou fixées par des conventions collectives ou des sentences arbitrales.

L'exercice de ces droits doit être assuré soit par voie de conventions collectives librement conclues, soit par des méthodes légales de fixation des salaires, soit de toute autre manière appropriée aux conditions nationales ».

une rémunération équitable et l'article 19<sup>312</sup> portant sur le droit des travailleurs migrants et de leur famille à la protection et à l'assistance qui retiendront plus spécifiquement notre attention ici.

La question subséquente est, plus largement, celle de savoir si toutes ces influences européennes et internationales qui tendent à promouvoir l'égalité de rémunération des salariés détachés peuvent laisser entrevoir une balance rééquilibrée entre droits économiques et droits sociaux (B).

### **A) L'apport décisif de la Charte sociale européenne**

Pour assurer l'effectivité de la Charte sociale européenne, a vu le jour un organe de contrôle, le Comité européen des droits sociaux (CEDS) qui a pour but de vérifier la conformité des différentes législations nationales à la Charte sociale européenne. Le contrôle effectué par le CEDS est détaillé dans la partie IV du texte de la CSE. Il existe sous deux formes. On trouve d'une part, le système des rapports nationaux (réformé par le protocole de Turin en 1991), qui consiste dans l'obligation pour les Etats parties de rédiger, de manière périodique, un rapport sur l'application de la CSE à destination du CEDS, lequel rendra, après examen, des conclusions publiques qui souligneront soit la conformité de la législation nationale en question à la CSE, soit la violation de cette dernière. D'autre part, a été instituée par le protocole additionnel de 1995, la procédure des réclamations collectives. Cette dernière autorise certains groupements de travailleurs à adresser des réclamations collectives à l'encontre d'un Etat, dénonçant une violation de la CSE, auprès du CEDS. Après avoir

---

<sup>312</sup> Et notamment l'article 19 § 4 de la CSE : « En vue d'assurer l'exercice effectif du droit des travailleurs migrants et de leurs familles à la protection et à l'assistance sur le territoire de toute autre Partie, les Parties s'engagent : [...] 4. à garantir à ces travailleurs se trouvant légalement sur leur territoire, pour autant que ces matières sont régies par la législation ou la réglementation ou sont soumises au contrôle des autorités administratives, un traitement non moins favorable qu'à leurs nationaux en ce qui concerne les matières suivantes :

- a. la rémunération et les autres conditions d'emploi et de travail ;
- b. l'affiliation aux organisations syndicales et la jouissance des avantages offerts par les conventions collectives ;
- c. le logement ; ».

examiné la recevabilité de la réclamation, le CEDS rendra alors une décision<sup>313</sup>. C'est d'ailleurs par l'intermédiaire d'une de ces décisions qu'il dénonce l'inégalité de traitement en matière salariale qui existe entre les travailleurs détachés et les nationaux (1).

Mais, même s'il existe un système de contrôle, il n'y a pas pour autant de juge du respect de la CSE, comme il y en existe un pour la CEDH avec la Cour européenne des Droits de l'Homme. Des doutes se lèvent alors quant à l'effectivité de cette Charte (2).

1) La dénonciation de l'inégalité de traitement par le Comité européen des droits sociaux

Suite à l'arrêt *Laval* selon lequel, dès lors qu'une action collective porte sur des revendications qui dépassent les règles minimales prévues par le noyau dur de la directive 96/71 celle-ci constitue une entrave à la libre prestation de services, la Suède a modifié sa législation nationale pour se mettre en conformité avec la CJUE. Depuis, sa « Lex Laval » restreint le droit de mener des actions collectives : lorsque l'employeur parvient à démontrer que les salariés détachés font l'objet d'une rémunération (et de conditions de travail) correspondant au moins au minimum applicable aux travailleurs nationaux, aucune action collective n'est en droit d'être conduite. Il est également porté atteinte au droit à la négociation collective dans la mesure où il est devenu impossible de négocier pour obtenir des conditions de rémunération (notamment) plus favorables que les taux minimaux prévus par les conventions collectives déjà applicables<sup>314</sup>. Or, comme le souligne Sylvaine Laulom<sup>315</sup>, « l'une des conséquences est également que les travailleurs détachés ne bénéficient pas des mêmes conditions salariales que les salariés travaillant habituellement en Suède, l'objet des actions collectives en cause étant précisément que l'employeur des salariés détachés leur applique les mêmes conventions collectives que celles dont bénéficient les autres salariés. ».

Des syndicats, la Confédération générale du travail de Suède (LO) et la Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO), ont alors décidé de porter une réclamation auprès du Comité européen des droits sociaux : ils soulèvent une violation des

---

<sup>313</sup> [http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/default\\_fr.asp](http://www.coe.int/t/dghl/monitoring/socialcharter/default_fr.asp)

<sup>314</sup> K. CHATZILAOU, *La réponse du CEDS aux arrêts Viking et Laval*, RDT 2014, p. 160.

<sup>315</sup> S. LAULOM, *Le Comité européen des droits sociaux condamne la jurisprudence Laval*, Semaine sociale Lamy n°1616 2014, p. 5.

articles 4 sur la rémunération équitable, 6 sur le droit à la négociation collective et 19 § 4 sur l'égalité de traitement de la CSE<sup>316</sup>.

Après avoir admis la recevabilité de la réclamation, le CEDS écarte l'argument de la violation de l'article 4 en considérant que « les arguments qui figurent dans la réclamation et dans la réplique au mémoire du Gouvernement ne concernent pas, sur le fond, l'article 4 de la Charte »<sup>317</sup> et conclut à la violation des articles 6 § 2 (sur la promotion de la négociation collective), 6 § 4 (sur le droit à des actions collectives) et 19 § 4 alinéas a et b.

En l'occurrence, nous nous focaliserons sur la violation de l'égalité de traitement prévue à l'article 19 § 4 de la CSE. La question qui faisait débat était celle de savoir si les travailleurs détachés entraient dans le champ d'application de l'article 19 de la CSE qui, comme son intitulé l'indique, s'adresse aux travailleurs migrants. Selon les syndicats à l'initiative de la réclamation, les travailleurs détachés en Suède sont des travailleurs migrants résidant sur le territoire suédois en toute légalité. Il faut alors leur appliquer une égalité de traitement (en matière de rémunération notamment) avec les travailleurs nationaux. Or la loi suédoise qui cantonne à des seuils minimaux les dispositions applicables aux détachés en Suède, ne permet pas de traiter les détachés sur un pied d'égalité avec les nationaux.

Des syndicats européens ont été amenés à livrer leurs observations sur la question. Ainsi, pour la Confédération européenne des syndicats<sup>318</sup>, l'article 19 de la CSE intègre les travailleurs détachés, malgré leur situation d'envoi temporaire sur le territoire d'un autre Etat membre pour y exercer une prestation de travail (point 90). Elle justifie son point de vue en s'appuyant sur un argumentaire émanant de l'OIT. Dans le General survey to the International Labour Conference de 1999, la Commission d'experts pour l'application des conventions et des recommandations avait pointé du doigt le fait qu'il n'existait pas de différence entre des travailleurs ayant migré dans un autre Etat membre pour s'y installer de manière permanente et ceux l'ayant uniquement fait pour une courte période ou la saison (point 91). En revanche,

---

<sup>316</sup> CEDS, 20 novembre 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) contre Suède*, Réclamation n° 85/2012 ; Voir à ce propos : JP. LHERNOULD, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale – Le statut des travailleurs détachés peut-il être l'objet de négociations et d'actions collectives ?*, RJS 2014, p. 310.

<sup>317</sup> CEDS, 20 novembre 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) contre Suède*, Réclamation n° 85/2012, point 78.

<sup>318</sup> Observations by the European Trade Union Confederation (ETUC), 3 May 2013.

pour les organisations européennes patronales qui ont eu l'occasion de se prononcer (Organisation internationale des employeurs et BusinessEurope)<sup>319</sup>, l'article 19 § 4 n'est applicable qu'aux travailleurs migrants et non aux travailleurs détachés (point 42). Pour défendre cette position, ils s'appuient sur la définition que donne la Commission européenne du travailleur détaché : il s'agit d'un individu employé dans un Etat membre mais qui, pour une durée limitée, est envoyé par son employeur dans un autre Etat membre en vue d'exécuter sa prestation de travail. Or la catégorie des salariés détachés se distingue de celle des travailleurs migrants qui quittent leur pays d'origine pour chercher un emploi dans un autre Etat membre, travailler là-bas et s'y installer (point 43). Ils rajoutent que cette conception est confirmée par l'article 11 § 2 de la convention n°143 de l'OIT, portant sur les travailleurs migrants, qui exclut expressément la catégorie des salariés détachés : « La présente partie ne s'applique pas: (e) aux personnes employées par des organisations ou des entreprises œuvrant dans le territoire d'un pays, qui ont été admises temporairement dans ce pays, à la demande de leur employeur, pour remplir des fonctions ou des tâches spécifiques, pour une période limitée et déterminée et qui sont tenues de quitter ce pays lorsque ces fonctions ou ces tâches ont été accomplies » (point 44).

Le Comité tranche finalement en faveur des syndicats suédois. Il rappelle dans un premier temps qu'au titre de l'article 19 § 4, sont prohibées les discriminations en raison de la nationalité, notamment en matière de rémunération, concernant l'affiliation à un syndicat et la participation à des négociations collectives<sup>320</sup>. Il reconnaît ensuite qu'il existe une différence entre les travailleurs migrants et les travailleurs détachés. Pour autant, il juge que, pendant la durée de leur séjour, les travailleurs détachés ont le droit de se voir appliquer les mêmes conditions de travail et d'emploi (et de rémunération) que les nationaux<sup>321</sup>. Enfin, le Comité finit par contextualiser la situation en rappelant les spécificités de la situation d'espèce : certes la loi suédoise implique d'appliquer aux salariés détachés les conditions minimales applicables aux nationaux, mais en Suède, « il est peu fréquent que les conventions collectives fixent des règles en matière de salaires minima et ceux-ci peuvent être sensiblement inférieurs

---

<sup>319</sup> Observations by the International Organisation of Employers (IOE) and BusinessEurope (BE), 7 May 2013.

<sup>320</sup> CEDS, 20 novembre 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) contre Suède*, Réclamation n° 85/2012, point 133.

<sup>321</sup> CEDS, 20 novembre 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) contre Suède*, Réclamation n° 85/2012, point 134.



au taux normal de rémunération généralement pratiqué dans le pays pour les travailleurs suédois »<sup>322</sup>. En outre, comme toute action collective est interdite à partir du moment où l'employeur démontre que sont appliquées aux salariés détachés les conditions minimales applicables aux nationaux, « il est peu probable que les entreprises acceptent d'octroyer aux travailleurs détachés des conditions plus favorables, car ces derniers n'auraient aucun moyen efficace de négocier pour persuader leur employeur d'accorder de meilleures conditions durant leur détachement ». Constatant ainsi une différence de traitement salariale entre les salariés détachés et les nationaux, le Comité conclut à la violation de l'article 19 § 4<sup>323</sup>. Le CEDS reconnaît que cette législation nationale certes a été adoptée dans le but de promouvoir et faciliter la libre prestation de services, mais ce n'est pas une raison pour aller à l'encontre des droits fondamentaux des travailleurs. La liberté économique ne revêt pas une valeur plus importante que les droits sociaux<sup>324</sup>. Au point 141, le Comité consacre l'égalité de traitement en matière de rémunération entre les salariés détachés pendant la durée de leur détachement et les nationaux : « le Comité estime que, conformément à l'article 19 § 4 et eu égard à l'objet et au but de la Charte, les travailleurs détachés doivent, pendant la durée de leur séjour et de l'exercice de leur activité professionnelle sur le territoire de l'Etat d'accueil, être traités par ce dernier à l'égal de tous les autres travailleurs qui y exercent leur activité, et que les entreprises étrangères doivent être traitées sur un pied d'égalité par l'Etat d'accueil lorsqu'elles fournissent des services en recourant à des travailleurs détachés ».

A la lecture de cette décision, on constate donc que le CEDS promeut l'égalité de traitement, en matière de rémunération au moins, entre les salariés détachés et les travailleurs nationaux. Mais quelles conséquences donner à cette décision ? Va-t-elle suffire à établir une telle égalité de traitement ?

---

<sup>322</sup> CEDS, 20 novembre 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) contre Suède*, Réclamation n° 85/2012, point 135.

<sup>323</sup> CEDS, 20 novembre 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) contre Suède*, Réclamation n° 85/2012, point 136.

<sup>324</sup> CEDS, 20 novembre 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) contre Suède*, Réclamation n° 85/2012, point 140.

## 2) Une avancée tempérée par l'influence limitée des décisions du Comité européen des droits sociaux

La Charte sociale européenne est un traité international, au même titre que la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. En ce sens, il s'agit d'un texte juridique contraignant qui lie, par des obligations internationales, les Etats qui l'ont ratifié. Ainsi, selon le principe général de droit international « *pacta sunt servanda* », les Etats parties à la CSE doivent respecter les obligations qui en découlent et les exécuter de bonne foi<sup>325</sup>.

La question sous-jacente consiste à savoir si de tels droits consacrés ont un effet direct : peuvent-ils être invoqués directement devant un juge national ? Comme le relève le Professeur Akandji-Kombé, « il est en effet de jurisprudence administrative constante que ces dispositions ne produisent pas d'effet direct à l'égard des nationaux des États contractants ». Pour illustrer ceci, on peut citer notamment la décision du Conseil d'Etat français en date du 23 décembre 2010, *Association Aides et autres* (n° 335738) qui refuse l'effet direct des articles 11 et 13 de la CSE<sup>326</sup>. Pour autant, selon l'auteur, la Cour de Cassation ne partage pas forcément la même interprétation que la Haute Cour administrative<sup>327</sup>.

Le Comité européen des droits sociaux est présenté comme l'organe de contrôle assurant la protection des droits fondamentaux consacrés par la CSE. Joue-t-il son rôle de manière effective ? Depuis le protocole de 1995, lui a été assigné un pouvoir supplémentaire : celui de

---

<sup>325</sup> JF. AKANDJI-KOMBE, *Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010*, RDT 2011, p. 233.

<sup>326</sup> « [Considérant] que selon les articles 11 et 13 de la charte sociale européenne révisée, les parties s'engagent à prendre des mesures appropriées en vue d'assurer l'exercice effectif, respectivement, du droit à la protection de la santé, et du droit à l'assistance sociale et médicale ; que ces stipulations, qui ne produisent pas d'effets directs à l'égard des particuliers, ne peuvent être utilement invoquées à l'appui de conclusions tendant à l'annulation de la décision attaquée ».

<sup>327</sup> D'ailleurs, dans un récent arrêt en date du 10 février 2014 (n° 358992), le Conseil d'Etat a conféré à l'article 24 de la CSE (droit de ne pas être licencié sans motif valable) un effet direct en droit interne. Pour plus de précisions : J. MOULY, *L'article 24 de la Charte sociale européenne sur le droit des salariés à ne pas être licencié sans motif valable est d'effet direct*, Droit social 2014, p. 474.

Si la Haute Cour poursuit dans cette voie, il y a fort à penser que l'article 19 de la CSE pourrait être appliqué en droit interne pour assurer une protection de l'égalité de rémunération des salariés détachés.

rendre des décisions faisant suite à des réclamations d'organisations dénonçant une violation de la CSE. Pour autant, comme le souligne expressément Madame Deliyanni-Dimitrakou, « le CEDS n'est pas un tribunal »<sup>328</sup>. Il ne s'agit pas d'un organe juridictionnel : il est composé d'experts indépendants. Ces décisions ne sont pas non plus exécutoires dans la mesure où elles nécessitent l'intervention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe. Selon l'article 9 du protocole de 1995, il appartient en effet au Comité des Ministres d'adopter une résolution sur la base de la décision du CEDS et en cas de constat d'une violation de la CSE, d'adresser une recommandation à l'Etat mis en cause. Le problème demeure donc celui de l'absence de sanction. « À la différence du droit de l'Union qui applique une pénalité financière en cas d'inexécution des arrêts de manquement de la Cour de justice de l'Union européenne, la Charte sociale permet seulement au CEDS de constater une nouvelle fois le non-respect de ses dispositions »<sup>329</sup>. Il revient alors aux Etats de tirer les conséquences de ces recommandations et de mettre en conformité leur législation nationale avec la CSE. Tout repose sur leur bonne volonté.

En l'espèce, en réponse à la décision du CEDS, le gouvernement suédois s'est prononcé en soulignant qu'il prenait très au sérieux « l'ensemble des obligations internationales qui sont les siennes, y compris celles qu'il a prises à l'égard du Conseil de l'Europe »<sup>330</sup>. Pour autant, il persiste à exprimer son désaccord en considérant que la Suède avait réformé son droit en conformité avec le droit de l'UE, son application n'allant pas à l'encontre de la CSE. Partant, il estime qu'il ne « faudrait pas que le Comité des Ministres s'appuie sur le rapport du CEDS pour formuler des critiques à l'égard de la Suède ».

En réalité, dans sa résolution<sup>331</sup>, le Comité des Ministres confirme l'argumentaire du CEDS. Mais sa résolution peut sembler bien timide comme le souligne Jean-Philippe Lhernould : « Il

---

<sup>328</sup> C. DELIYANNI-DIMITRAKOU, *La Charte sociale européenne et les mesures d'austérité grecques : à propos des décisions n° 65 et 66/2012 du Comité européen des droits sociaux fondamentaux*, RDT 2013, p. 457.

<sup>329</sup> JF. AKANDJI-KOMBE, *Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010* – précité.

<sup>330</sup> Observations du Gouvernement suédois en réponse au rapport du Comité européen des Droits sociaux relatif à la Réclamation n° 85/2012, Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) contre Suède, annexées à la résolution du Comité des Ministres.

<sup>331</sup> Résolution CM/ResChS(2014), Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) contre Suède, Réclamation n° 85/2012, adoptée par le Comité des Ministres le 5 février 2014, lors de la 1190e réunion des Délégués des Ministres.

« prend note du rapport du Comité européen des Droits sociaux », « note les préoccupations exprimées par la Suède, telles qu'elles figurent à l'Annexe à la présente résolution, et reconnaît que la décision du Comité européen des Droits sociaux dans cette affaire soulève des questions complexes s'agissant de l'obligation des Etats membres de l'Union européenne de respecter le droit communautaire et de leur obligation de respecter la Charte » et « appelle de ses vœux que la Suède fasse état de toute évolution sur la question »<sup>332</sup>.

Ainsi, comme le résume très bien Sylvaine Laulom, « la Charte sociale et son interprète le CEDS pourraient contribuer à la définition d'un nouvel équilibre entre les droits sociaux et les libertés économiques »<sup>333</sup>. Mais tout dépendra de l'impact juridique que va engendrer cette décision.

### **B) Une possibilité de rééquilibrer le rapport entre droits sociaux et libertés économiques au profit des travailleurs détachés ?**

De nombreux auteurs<sup>334</sup> dénoncent, notamment depuis la saga des arrêts *Viking*, *Laval*, *Commission contre Luxembourg* ou encore *Rüffert*, une prééminence des libertés économiques sur les droits sociaux. Assurer une égalité de traitement en matière de rémunération au moins entre les travailleurs détachés et les nationaux pourrait entamer ce processus de rééquilibrage, d'autant plus qu'elle existe déjà en matière de libre circulation des travailleurs. Et c'est notamment ce que prône le Comité européen des droits sociaux à travers sa décision de 2013 (1).

En France, plus particulièrement, ce rééquilibrage pourrait aisément être amorcé en élargissant le champ d'application du principe « à travail égal, salaire égal » au-delà de l'entreprise (2).

---

<sup>332</sup> JP. LHERNOULD, *Le statut des travailleurs détachés peut-il être l'objet de négociations et d'actions collectives ? – L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, RJS 1/05/2014, p. 310 – précité.

<sup>333</sup> S. LAULOM, *Le Comité européen des droits sociaux condamne la jurisprudence Laval*, Semaine sociale Lamy n°1616 2014, p. 5 – précité.

<sup>334</sup> Voir par exemple : ROBIN-OLIVIER S. et PATAUT E., *Europe sociale ou Europe économique*, RDT 2008, p. 80.

1) Vers la reconnaissance de l'égalité en matière de libre prestation de services comme en matière de libre circulation des travailleurs

La Déclaration Robert Schuman du 9 mai 1950 érigeait déjà comme objectif de la Communauté européenne « l'égalisation dans le progrès des conditions de vie de la main-d'œuvre ». L'égalité de traitement semble dès lors constituer un objectif à atteindre au sein de l'UE.

Pour autant, la Cour de justice s'est livrée à une interprétation jugée libérale, pour certains, des textes de droit européen qui prônent la protection des travailleurs. Comme le souligne le Professeur Emmanuel Dockès, les droits sociaux ont beau être présentés comme des droits fondamentaux, ils sont traités comme des restrictions, des entraves à un autre droit fondamental qui prime, la liberté économique : il déplore que « les salariés soient privés de l'un de leurs droits fondamentaux au nom de la problématique des droits fondamentaux »<sup>335</sup>. Ainsi, même si l'égalité de rémunération constitue un droit fondamental, celle-ci se heurte à l'obstacle d'une liberté économique : la libre prestation de service. En réponse au Professeur Dockès, Jean-Philippe Lhernould démontre que l'interprétation de la Cour de justice ne fait d'ailleurs que suivre les indications du législateur européen dans sa directive 96/71 dont la base juridique repose sur les dispositions relatives à la libre prestation de services<sup>336</sup>.

Partant, si l'on refuse d'appliquer une égalité de traitement salariale entre travailleurs détachés et travailleurs nationaux, c'est dans le but de ne pas porter atteinte à la libre prestation de services.

Mais une liberté économique a-t-elle réellement une valeur supérieure à celle d'un droit social fondamental ? C'est ici que l'interprétation livrée par le Comité européen des droits sociaux sur les conséquences de l'arrêt *Laval* se distingue de celle de la Cour de justice de l'UE<sup>337</sup>. En

---

<sup>335</sup> E. DOCKES, *L'Europe antisociale*, RDT 2009, p. 145.

<sup>336</sup> JP. LHERNOULD, *La Cour de Justice de l'UE est-elle antisociale ? Droits sociaux et libertés économiques : quelques perspectives*, RJS 2010, p. 507.

<sup>337</sup> D'ailleurs, le CEDS souligne qu'il n'existe aucune présomption de compatibilité entre le droit de l'UE et la Charte sociale européenne : « le droit de la Charte et la législation de l'Union européenne sont deux systèmes juridiques différents et les principes, règles et obligations qui forment la seconde ne coïncident pas nécessairement avec le système de valeurs, les principes et les droits consacrés par la première. », point 74.

effet, il renverse le raisonnement<sup>338</sup> en affirmant que les règles relatives à la libre prestation de services « doivent être interprétées de façon à ne pas imposer de restrictions disproportionnées à l'exercice des droits des travailleurs tels qu'ils figurent, non seulement dans la Charte, mais aussi dans les textes de loi nationaux, dans la législation de l'Union européenne et dans d'autres instruments normatifs internationaux ayant force contraignante<sup>339</sup> » (point 121). « Le fait de faciliter la circulation des services par-delà les frontières et de promouvoir la faculté pour un employeur ou une entreprise de fournir des services sur le territoire d'autres Etats [...] ne peuvent donc être traités, du point de vue du système de valeurs, des principes et des droits fondamentaux consacrés par la Charte, comme ayant a priori une valeur plus grande que les droits essentiels des travailleurs, en ce compris le droit de recourir à l'action collective pour réclamer que leurs droits et intérêts économiques et sociaux soient davantage et mieux protégés » (point 122). Le CEDS se livre à un véritable rééquilibrage entre la liberté économique que constitue la libre prestation de services, et les droits sociaux des travailleurs détachés, dont notamment leur droit à l'égalité de traitement en termes de rémunération.

Le CEDS prône donc la reconnaissance de l'égalité de traitement en matière de libre prestation de services, tout comme elle existe en matière de libre circulation des travailleurs car il s'agit d'un droit fondamental qui appartient à tout travailleur, qu'il soit envoyé temporairement dans un Etat pour exercer sa prestation de travail ou qu'il s'y soit installé de manière durable. Cette interprétation est contraire à la vision de la Cour de justice de l'UE qui, quant à elle, persiste à refuser cette égalité de traitement<sup>340</sup>, sur le fondement des dispositions relatives à la libre prestation de services. Mais qu'est ce qui justifie une telle différence de traitement entre les travailleurs migrants qui peuvent bénéficier d'une égalité salariale avec les travailleurs permanents et les salariés détachés ? La seule différence qui subsiste entre ces deux statuts consiste dans la notion de « durée de détachement », les salariés détachés étant envoyés temporairement dans un autre Etat membre pour effectuer leur prestation de travail. Aucune précision concernant la durée de détachement n'est d'ailleurs

---

<sup>338</sup> JP. LHERNOULD, *Le statut des travailleurs détachés peut-il être l'objet de négociations et d'actions collectives ? – L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale*, RJS 2014, p. 310 – précité.

<sup>339</sup> CEDS, 20 novembre 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) contre Suède*, Réclamation n° 85/2012.

<sup>340</sup> CJCE, 3 avril 2008, *Dirk Rüffert*, affaire C-346/06, points 35 et 36.

donnée dans la directive 96/71. La justification semble frêle. En réalité, il est intéressant de se pencher sur les conséquences de cette « durée de détachement ». Si le salarié n'est envoyé que pour deux mois en France et bénéficie du SMIC français, celui-ci repartira « le dépenser » dans son pays d'origine où le coût de la vie est moins élevé. En revanche, s'il est envoyé pour une durée plus longue, son salaire deviendra l'essentiel de son pouvoir d'achat en France. En outre, les travailleurs migrants ne maintiennent pas de lien de subordination juridique avec leurs anciens employeurs de leur pays d'origine. La rémunération est versée directement par l'employeur qui l'embauche dans son nouveau pays et de ce fait, l'égalité de traitement ne joue que dans le cadre de l'entreprise, entre salariés d'un même employeur.

Mais qu'est-ce qu'impliquerait concrètement l'instauration d'une telle égalité de traitement en matière de rémunération, valant pour tous les travailleurs de l'UE, y compris les détachés, conformément aux préconisations du CEDS ? La question qui se pose est celle de savoir si finalement, ceci ne reviendrait pas à priver d'effet le mécanisme de détachement. En effet, recourir à des salariés détachés reviendrait, en matière de coût du travail, à recourir à des nationaux. Seul le traitement en matière de protection sociale serait différent dans la mesure où le salarié en question resterait affilié dans son pays d'origine. Cela impliquerait alors de ne recourir à des travailleurs détachés qu'en cas de manque de main d'œuvre nationale ou pour des tâches bien spécifiques. Alors certes, le risque de dumping social serait fortement altéré, mais ne serait-ce pas pour autant un important facteur de protectionnisme conduisant à entraver les règles de la libre concurrence ? Sans parler des importantes pertes de compétitivité auxquelles feront face les entreprises qui pratiquaient une telle différence de traitement pour optimiser leurs coûts. En réalité, la directive 96/71 actuellement en vigueur, apparaît comme un compromis : elle assure une protection minimale en termes de rémunération, mais ne se limite qu'au minimum pour laisser la possibilité aux entreprises de pouvoir « profiter » du statut des détachés et bénéficier d'un coût du travail plus bas. Qu'en est-il des droits fondamentaux des travailleurs ?

L'égalité de traitement en termes de rémunération en France est symbolisée par le principe « à travail égal, salaire égal ». Consacré par la Cour de Cassation depuis les années 90, facilite-t-il le rééquilibrage entre les droits sociaux et les libertés économiques sur le territoire français en s'appliquant aux nationaux, aux migrants, aux transfrontaliers comme aux travailleurs détachés ?

2) Vers une extension du champ d'application du principe français « à travail égal, salaire égal »

Inspiré par l'article 119 du Traité de Rome [article 157 du TFUE]<sup>341</sup>, le législateur français a inscrit la règle de l'égalité de rémunération entre les hommes et les femmes pour un travail égal à l'article L.3221-2 du Code du travail<sup>342</sup>. L'égalité de rémunération entre les travailleurs en général, quant à elle, n'est pas codifiée. Elle a fait l'objet d'une consécration jurisprudentielle par le célèbre arrêt *Ponsolle* du 29 octobre 1996<sup>343</sup> : « l'employeur est tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés de l'un ou l'autre sexe, pour autant que les salariés en cause sont placés dans une situation identique ». C'est par la suite un arrêt de la Chambre sociale du 18 mai 1999<sup>344</sup> qui a érigé la formulation « à travail égal, salaire égal » en principe général du droit.

La question qui se pose est alors celle de savoir ce que l'on comprend par la notion d'égalité de rémunération entre les travailleurs soumis à un travail de même valeur. Selon le Professeur Antoine Jeammaud, « l'égalité s'entend de la situation dans laquelle tous, dans un « périmètre de référence », disposent des mêmes droits, jouissent des mêmes avantages, supportent les mêmes obligations ou subissent les mêmes contraintes »<sup>345</sup>. Il y a alors lieu de distinguer l'égalité de rémunération de la non-discrimination salariale. Sur ce point, le Professeur Gérard Vachet explique clairement que : « Ce qui rémunère le travail doit être identique ; ce qui rémunère l'appartenance à l'entreprise (ancienneté, par exemple) ou la situation personnelle du salarié (charge de famille) peut être différent, à condition qu'il n'y ait pas de discriminations ».

---

<sup>341</sup> Article 157§1 du TFUE : « Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur ».

<sup>342</sup> Article L3221-2 du Code du travail : « Tout employeur assure, pour un même travail ou pour un travail de valeur égale, l'égalité de rémunération entre les femmes et les hommes ».

<sup>343</sup> Cour de Cassation, Chambre sociale, du 29 octobre 1996, 92-43.680.

Voir notamment : P. WAQUET, *Retour sur l'arrêt Ponsolle*, RDT 2008, p. 22.

<sup>344</sup> Cour de Cassation, Chambre sociale, du 18 mai 1999, 98-40.201.

<sup>345</sup> A. JEAMMAUD, *Du principe d'égalité de traitement des salariés*, Droit social 2004, p. 694.



Il convient de raisonner ici en prenant un exemple théorique. Deux salariés polonais, employés par une société polonaise, sont détachés dans une entreprise française pour une durée de deux mois. Ces derniers bénéficient du salaire minimal français en vertu de l'article L3232-1 du Code du travail. D'autres salariés de cette même entreprise française font l'objet de rémunérations plus élevées alors même qu'ils effectuent la même prestation de travail. Pourtant, comme évoqué précédemment, le principe « à travail égal, salaire égal » garantit l'égalité de rémunération entre tous les travailleurs effectuant un même travail ou de valeur égale. Pourquoi ne s'applique-t-il pas dans la situation présente ?

La jurisprudence a eu l'occasion de préciser le champ d'application dudit principe. Comme le mentionne l'arrêt *Ponsolle*, pour qu'un tel principe s'applique à tous les travailleurs, ceux-ci doivent se trouver dans une « situation identique ». Or dans les différentes décisions rendues sur la question par la Cour de cassation, « il apparaît clairement que la « situation identique » est appréciée par référence aux notions de « même coefficient salarial », de « même travail », de « même qualification », d'« ancienneté comparable », etc. La notion de situation peut être également caractérisée par le rendement, l'assiduité, le niveau de responsabilité, la charge de travail, etc. qui doivent être « les mêmes » pour tous les salariés concernés pour que la règle s'applique »<sup>346</sup>.

Pour autant, la jurisprudence autorise également l'employeur a justifié une différence de traitement en matière salariale malgré une situation identique : « Si l'employeur peut accorder des avantages particuliers à certains salariés, c'est à la condition que tous les salariés de l'entreprise placés dans une situation identique puissent bénéficier de l'avantage ainsi accordé et que les règles déterminant l'octroi de cet avantage soient préalablement définies et contrôlables »<sup>347</sup>. Est notamment admis comme motif recevable pour justifier une telle différence de traitement, le statut juridique du salarié<sup>348</sup>. Mais la Cour limite ceci en précisant « qu'il ne peut y avoir de différences de traitement entre salariés d'établissements différents

---

<sup>346</sup> F. DIESSE, *De l'évolution de la règle de l'égalité des rémunérations (II)*, Semaine sociale Lamy 2000 n° 995, p. 7.

<sup>347</sup> Cour de Cassation, Chambre sociale, du 25 octobre 2007, 05-45.710.

<sup>348</sup> Dans l'arrêt de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation en date du 27 février 2009 (08-40.059) notamment, la différence est justifiée car elle concernait des fonctionnaires et agents de droit public et des agents de droit privé.

d'une même entreprise exerçant un travail égal ou de valeur égale, que si elles reposent sur des raisons objectives dont le juge doit contrôler concrètement la réalité et la pertinence »<sup>349</sup>.

Le statut juridique, que l'on peut comprendre comme l'ensemble cohérent de règles applicables à une catégorie de personnes et qui en déterminent la condition et le régime juridique applicable<sup>350</sup>, du salarié détaché ne semble pas être le même que celui des salariés permanents, ce qui pourrait justifier une différence de traitement.

Mais c'est essentiellement au niveau du périmètre d'application du principe « à travail égal, salaire égal » que s'érige un problème. En effet, ce principe ne s'applique que dans le cadre restreint de l'entreprise, autrement dit seulement entre les salariés d'un même employeur. La Cour de cassation le pose dans son arrêt de la Chambre sociale du 6 juillet 2005<sup>351</sup>. Comme le conclut Christophe Radé, « le rattachement juridique à l'entreprise constitue bien le critère déterminant de l'application du principe « à travail égal, salaire égal », ce qui semble a priori logique. C'est en effet l'employeur qui apparaît, dans des rapports de droit privé, le débiteur du droit à l'égalité de traitement entre salariés. Il ne saurait être question ici de faire reposer cette obligation sur les épaules d'employeurs différents [...]»<sup>352</sup>. Or, rappelons-le, les salariés détachés dans une entreprise le sont le temps d'effectuer leur prestation de travail, mais ne sont pas pour autant devenus les salariés de l'entreprise du pays d'accueil. Leur employeur demeure celui de leur pays d'origine. D'un autre côté, l'auteur souligne également que si le raisonnement avait été autre, il aurait pu être plus satisfaisant d'un point de vue des salariés : « La mise à disposition de travailleurs extérieurs peut en effet se réaliser sur de longues durées et le sentiment d'appartenance à une même communauté professionnelle apparaîtra alors rapidement, la différence d'employeurs s'estompant peu à peu ». Partant de là, il serait plus juste et plus équitable d'appliquer la même rémunération aux salariés détachés et aux permanents.

La solution pourrait alors consister à élargir le cadre d'application de ce principe et l'étendre au-delà de l'entreprise. En effet, s'il n'était pas confiné au cadre de l'entreprise mais s'il

---

<sup>349</sup> Cour de cassation, Chambre sociale, 21 janvier 2009, 07-43.452.

<sup>350</sup> G. CORNU, *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e édition, 2011.

<sup>351</sup> Cour de Cassation, Chambre sociale, du 6 juillet 2005, 03-43.074.

<sup>352</sup> C. RADE, *Rémunération. Principe « À travail égal, salaire égal ». Champ d'application. Salariés mis à disposition. Inapplicabilité du principe*, Droit social 2006, p. 98.

s'appliquait à tous les travailleurs effectuant le même travail au sein d'un même lieu de travail, celui-ci pourrait atteindre les travailleurs détachés qui exécutent temporairement une prestation de travail dans une entreprise autre que leur entreprise originelle.

Mais là encore, étendre un tel principe aux salariés détachés en France impliquerait, pour les entreprises françaises, de ne plus pouvoir profiter de la main d'œuvre « low cost » que constituait les salariés détachés. La cohabitation entre les droits sociaux fondamentaux et les libertés économiques risque de demeurer tumultueuse.

## CONCLUSION

Avant la directive 96/71, texte de référence en matière de détachement des travailleurs, la rémunération applicable au salarié détaché était celle définie par la loi du pays d'origine, en application des règles de droit international privé<sup>353</sup>. Pour autant, comme l'avait soulevé la Cour de justice de l'UE<sup>354</sup>, il était exceptionnellement possible d'appliquer au salarié détaché le salaire du pays d'accueil lorsqu'il s'agissait d'un « avantage susceptible d'apporter au salarié une réelle protection additionnelle dont il ne pouvait bénéficier autrement ». Un salarié détaché était alors en droit de bénéficier du salaire du pays d'accueil, mais à la condition que ceci ne porte pas atteinte aux libertés économiques, et notamment à la libre prestation de services, fondement du mécanisme de détachement.

Avec l'entrée en vigueur de la directive 96/71, la logique a été inversée. Le noyau dur de règles impératives de l'article 3 de ladite directive consacre l'application du principe du pays d'accueil pour une série de matières dont font partie les salaires minimaux. Même si la Cour de justice persiste à juger qu'il est de rigueur de respecter les dispositions relatives à la libre prestation de services<sup>355</sup>, quitte à faire primer cette liberté économique sur les droits sociaux fondamentaux des travailleurs<sup>356</sup>, on retrouve au sein de cette directive, un triple objectif consistant à promouvoir la libre prestation de services et la concurrence loyale, tout en assurant une protection des droits des travailleurs<sup>357</sup>.

La protection du droit social fondamental à la rémunération du travailleur détaché est donc assurée par le noyau dur de la directive : le travailleur détaché bénéficie du salaire minimal de l'Etat dans lequel il exécute sa prestation de travail. Mais, outre les nombreuses dérogations

---

<sup>353</sup> Article 6 de la convention de Rome.

<sup>354</sup> CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade et Leloup*, affaires jointes C-369/96 et C-376/96, point 54.

<sup>355</sup> Par exemple, dans les arrêts : CJCE, 18 décembre 2007 (Grande chambre), *Laval un Partneri Ltd c/ Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, affaire C-341/05, CJCE, 19 juin 2008, *Commission c/ Grand-Duché du Luxembourg*, C-319/06...etc.

<sup>356</sup> Voir en ce sens : N. MOIZARD, *Quelques observations sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice en matière de droit social*, Droit social 2010, p. 1216.

<sup>357</sup> Considérant n°5 de la directive 96/71.

autorisées, ce noyau dur n'est finalement applicable que si les matières protégées - parmi lesquelles figurent « les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires »<sup>358</sup> - sont prévues par un dispositif législatif ou des conventions collectives d'application générale<sup>359</sup>. Cette protection apparaît alors comme soumise à conditions.

Elle est non seulement soumise à conditions mais comporte également des limites. En effet, la protection de la rémunération du salarié détaché ne couvre que les taux de salaire minimal. Qu'en est-il des autres éléments de la rémunération ? D'ailleurs, la notion même de salaire minimal telle qu'elle est mentionnée par la directive 96/71 n'est pas limpide : le texte renvoie la tâche consistant à déterminer ce que l'on entend par « salaire minimal » aux Etats membres. Même si la Cour de justice s'est illustrée par sa tentative d'encadrement<sup>360</sup>, les Etats membres demeurent libres d'attacher à la notion, la définition et la composition de leur souhait. Apparaissent alors au sein de l'UE des différences frappantes en termes de fixation de salaire, taux de salaire, montant du salaire, mode de paiement du salaire ...etc. Ainsi, dans certains Etats membres, aucun salaire minimum n'est prévu. Dès lors, comment mettre en œuvre la protection assurée par la directive « détachement » ? Le seul moyen consisterait alors dans l'imposition d'un salaire minimum généralisé mais les difficultés pratiques de mise en œuvre sont nombreuses : cultures différentes, niveaux de vie différents, empiètement sur l'autonomie des partenaires sociaux qui a plus d'impact dans certains pays que dans d'autres, sans compter l'exclusion de compétence dont fait l'objet l'UE en matière de rémunération<sup>361</sup>.

Une dernière question vient à se poser : imposer un salaire minimum obligatoire à tous les Etats membres, permettant ainsi l'application de la protection assurée par le noyau dur de la directive « détachement », suffirait-il à protéger le droit du salarié détaché à sa rémunération ? Le droit à la rémunération comprend non seulement le droit à l'obtention d'une rémunération décente<sup>362</sup> (qui serait assurée par la garantie d'un salaire minimal), mais

---

<sup>358</sup> Article 3 §1 c) de la directive 96/71.

<sup>359</sup> Article 3 §1 de la directive 96/71.

<sup>360</sup> Voir notamment : CJCE, 14 avril 2005, *Commission contre Allemagne*, affaire C-341/02.

<sup>361</sup> Article 153 §5 du TFUE.

<sup>362</sup> Article 23 § 1 et 3 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948.

aussi le droit à l'égalité de traitement en termes de rémunération<sup>363</sup>. Or pourquoi un salarié national serait-il en droit d'obtenir davantage que le seul salaire minimum réservé au salarié détaché qui pourtant effectue la même prestation de travail que lui ? Les statuts sont différents, les situations sont différentes donc le traitement est différent. En effet, le détachement s'inscrit dans le cadre des dispositions relatives à la libre prestation de services, aucune référence n'est faite à l'égalité de traitement en la matière. La liberté économique prime clairement sur le droit social fondamental à l'égalité de traitement. Pourtant, même s'ils s'adonnent à leurs activités dans le cadre de la libre prestation de services, les travailleurs détachés restent des travailleurs à part entière, et donc bénéficient, comme tous les travailleurs, d'un droit à l'égalité de traitement.

Le problème est que si on assurait l'égalité de traitement en matière de rémunération aux salariés détachés, le détachement n'aurait, sans doute, plus vraiment lieu d'être. Actuellement, l'avantage pour les entreprises des pays qui accueillent des travailleurs détachés consiste à recourir à de la main d'œuvre « bon marché » pour une courte durée, qui n'est payée qu'au salaire minimum et qui ne coûte rien en termes de charges sociales car elle demeure affiliée au régime de protection sociale de son Etat d'origine. Nécessairement, si un principe d'égalité salariale venait à émerger en matière de libre prestation de services, les entreprises seraient moins tentées de recourir aux salariés détachés pour effectuer des tâches que les nationaux pourraient également accomplir, au même prix.

N'oublions pas que la directive 97/71 s'inscrit dans une idée de compromis : le but est de trouver un équilibre entre d'un côté la libre prestation de services, liberté économique, de l'autre les droits sociaux fondamentaux avec notamment, la protection de la rémunération. La solution pourrait alors consister dans le fait d'enjoindre à chaque Etat de mettre en place un salaire minimum garanti, tout en assurant la possibilité, déjà prévue par la directive, d'octroyer aux salariés détachés plus que le seul salaire minimum garanti. Ainsi, il serait possible d'atteindre une égalité en termes de rémunération avec les travailleurs nationaux. Un rééquilibrage entre liberté économique et droits sociaux pourrait alors émerger. Mais ceci reposerait toujours sur la bonne volonté de l'employeur...

---

<sup>363</sup> Article 23 § 2 de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme de 1948.

A l'heure actuelle, tous les Etats membres ne présentent pas de salaire minimum garanti. Et la proposition de directive d'exécution du 21 mars 2012<sup>364</sup> ne change rien à cela. L'instauration d'un salaire minimum européen, thème qui fait débat depuis la campagne pour les élections européennes du 25 mai 2014, changerait peut être la donne et permettrait d'avancer en garantissant, au moins, une protection minimale à tous les salariés détachés ressortissants de l'Union européenne.

Mais le constat demeure : les contournements de législation en matière de détachement sont nombreux et protéiformes. La proposition de directive d'exécution a pour objectif de remédier à cela en instaurant notamment de nouveaux dispositifs répressifs. La France, bonne élève en la matière, a anticipé l'entrée en vigueur de la directive en adoptant un projet de loi visant à lutter contre le dumping social où elle renforce son arsenal répressif en la matière<sup>365</sup>. Les sanctions seront certes plus sévères et plus efficaces, mais il y a fort à penser que ceci ne suffira pas à assurer la protection du droit à la rémunération dont jouit le travailleur détaché dans l'UE.

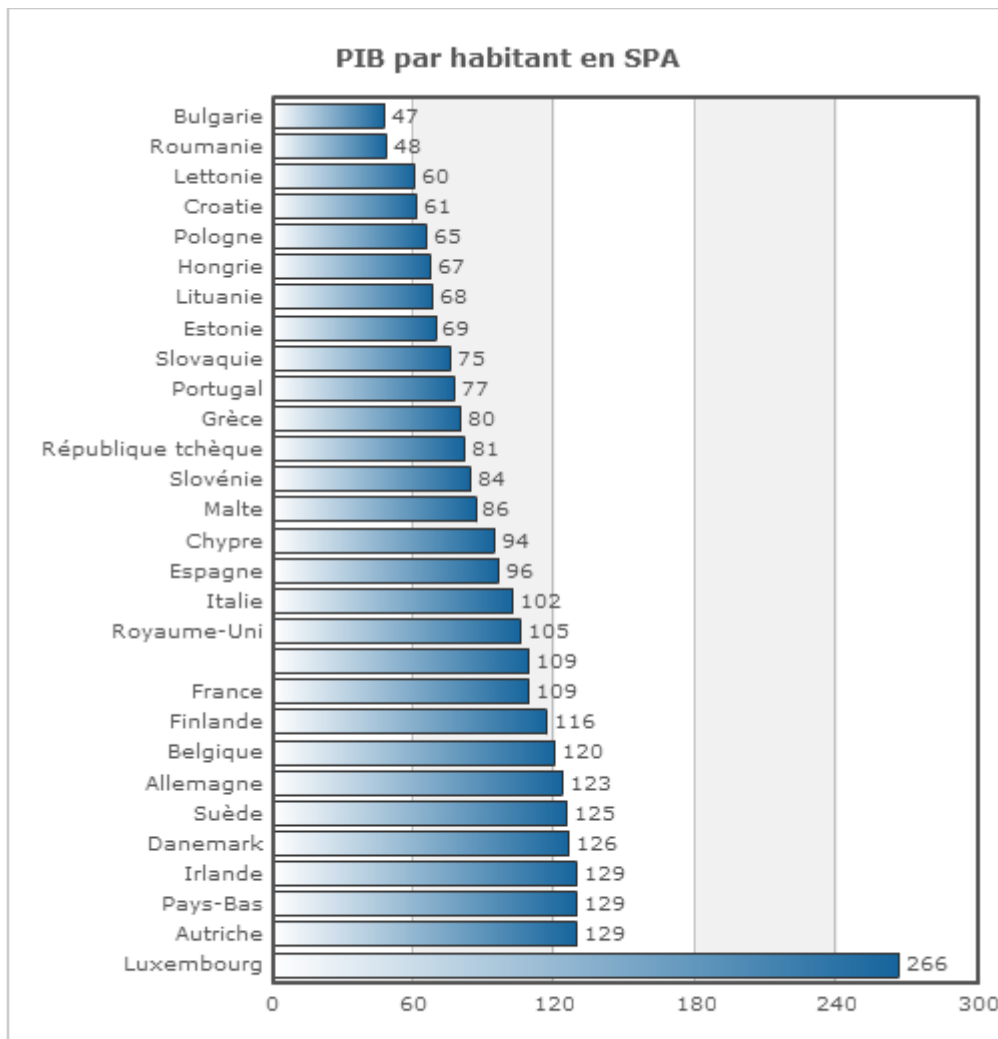
---

<sup>364</sup> Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative à l'exécution de la directive 96/71 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, COM(2012) 131.

<sup>365</sup> Proposition de loi n°1686 de l'Assemblée Nationale, visant à renforcer la responsabilité des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordre dans le cadre de la sous-traitance et à lutter contre le dumping social et la concurrence déloyale, 8 janvier 2014.

## ANNEXES

### Annexe 1 :

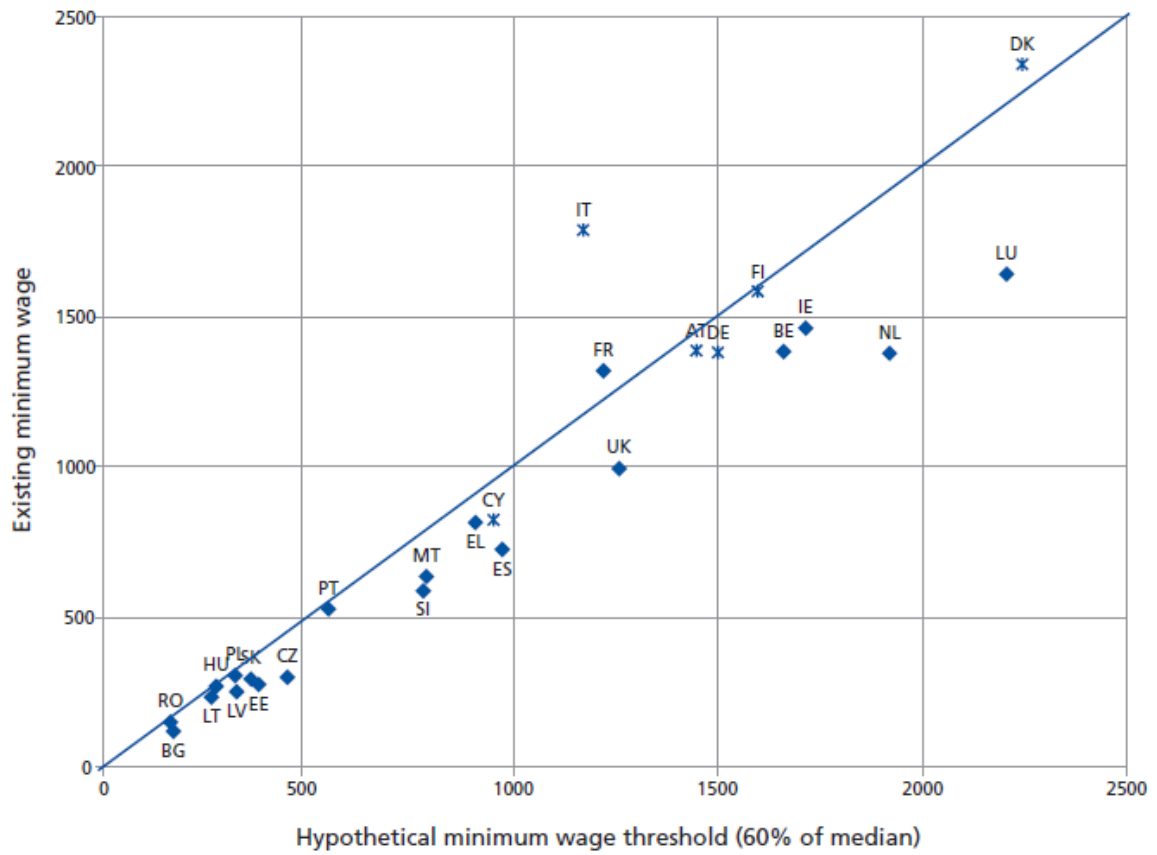


Source: [Eurostat](#)



Annexe 2 :

Figure 1: Existing statutory or average collectively agreed minimum wage compared with hypothetical minimum wage, 2009



Source: EU-SILC, 2009

## BIBLIOGRAPHIE

### Manuels et ouvrages :

AUZERO G., DOCKES E., et PELISSIER J., *Droit du travail*, Précis, Dalloz, édition 2013

CLESSE CE., *Travailleurs détachés et mis à disposition : Droit belge européen et international*, Larcier 2008

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, 9e édition, 2011

DAUGAREILH I. (sous la direction de), *Mondialisation, Travail et Droits fondamentaux*, Bruyand, 2005

DUPAYS A. (sous la direction de), *Lamy Social*, édition 2013

ESCANDE-VARNIOL MC. (sous la coordination), *Quel droit social dans une Europe en crise ?*, Larcier 2011

HENNION S., Le Barbier-Le Bris S., Del Sol M., *Droit social européen et international*, Thémis Droit, PUF, 2013

ISAAC G. et BLANQUET M., *Droit général de l'Union européenne*, 10<sup>e</sup> édition, Sirey, Dalloz, 2012

KOVAR R. et POILLOT-PERUZZETTO S. (sous la direction de), *Répertoire de droit communautaire*, Dalloz

LAGARDE P., CARREAU D., et SYNDET H. (sous la direction de), *Répertoire de droit international*, Dalloz

LYON CAEN A. (sous la direction de), *Répertoire de droit du travail*, Dalloz

MOREAU MA, *Normes sociales, droit du travail et mondialisation – confrontation et mutation*, Dalloz, 2006

RODIERE P., *Droit social de l'Union européenne*, 2<sup>e</sup> édition, LGDJ, 2014

SCHMITT M., *Droit du travail de l'Union européenne*, Larcier, 2012

SERVAIS JM., *Droit social de l'Union européenne*, Bruyand, 2011

TEYSSIE B., *Droit du travail européen*, LexisNexis, 2013

Mélanges :

GARDENES SANTIAGO M., *Le détachement transnational de travailleurs dans le cadre de prestations de services : un sujet spécialement difficile pour le marché intérieur*, dans Mélanges MOLINIER, LGDJ, 2012, p. 255.

JAULT-SESEKE F., *La détermination des accords collectifs applicables aux relations de travail internationales*, dans Mélanges en l'honneur de P. LAGARDE – Le DIP : Esprit et méthodes, Dalloz, 2005

Articles de doctrine et commentaires de jurisprudence :

AKANDJI-KOMBE JF., *Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne : à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010*, RDT 2011, p. 233.

AUBERT-MONPEYSSSEN T., *Principe « À travail égal, salaire égal » et politiques de gestion des rémunérations*, Droit social 2005, p. 18.

AUBIN C., *L'Europe sociale entre mythe et réalité*, Droit social 2007, p. 618.

BONNECHERE M., *Le droit européen peut-il poser les bases d'un droit commun social ?*, Droit ouvrier 1999, p. 390.

BONNECHERE M., *Quelle garantie des droits sociaux fondamentaux en droit social européen ?*, Europe n° 7 2000, p. 4.

BONNECHERE M., *La production des Cours européennes en droit social : éléments de réflexion*, Droit ouvrier 2008, p. 552.

BOUVERESSE A., *Détachement des travailleurs*, Europe 2010 n° 12, p. 24.

BRODIER H., *Restrictions à une liberté fondamentale du traité par l'exercice du droit fondamental à l'action collective : la Cour encadre étroitement les justifications basées sur l'objectif de la protection des travailleurs*, Revue d'actualité juridique, l'Europe des Libertés, N°25, p. 20-21.

BRENKE K., *Vrais et faux enjeux de la controverse sur les salaires minima légaux en RFA*, *Regards sur l'économie allemande* – bulletin économique du CIRAC, 2009

CAVALLINI J., *Le détachement des salariés au sein de l'Union européenne ou la prééminence du juge*, JCP S 2007, p. 1741.

CHALTIEL F., BERR CJ., FRANCO S. et PRIETO C., *Chronique de jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes*, JDI 2009, p. 665.

CHATZILAOU K., *La réponse du Comité européen des droits sociaux aux arrêts Viking et Laval*, RDT 2014, p. 160.

CLERGERIE JL., *La dimension sociale de l'Union européenne*, Petites affiches, 29 août 2002 n° 173, p.4.

COUTURIER G., *De quoi le salaire est-il la contrepartie ?*, Droit social 2011, p. 10.

DEFOSSEZ A., *Commentaire et proposition de révision de l'article 3 de la directive relative à l'exécution de la directive détachement*, RTDE 2013, p. 53.

DELIYANNI-DIMITRAKOU C., *La Charte sociale européenne et les mesures d'austérité grecques : à propos des décisions nos 65 et 66/2012 du Comité européen des droits sociaux fondamentaux*, RDT 2013 p. 457.

DESBARATS I., *Détachement dans le cadre d'une prestation de travail internationale : vers une révision du droit communautaire*, Cahiers de droit de l'entreprise n° 3 2013, p. 37.

DIESSE F., *De l'évolution de la règle de l'égalité des rémunérations (I)*, Semaine sociale Lamy 2000 n°994, p. 7.

DIESSE F., *De l'évolution de la règle de l'égalité des rémunérations (II)*, Semaine sociale Lamy 2000 n°995, p. 7.

DOCKES E., *L'Europe antisociale*, RDT 2009, p. 145

DONNAT F., *Chronique de jurisprudence communautaire*, AJDA 2008, p. 240.

DRIGUEZ L., *Le détachement des travailleurs après la directive sur les services*, Europe 2007 n° 6, p. 35.

DRIGUEZ L., *Détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services*, Europe 2008 n° 8, p. 24.

DRIGUEZ L., *Structure du salaire minimum applicable aux travailleurs détachés*, Europe 2014 n° 1, p. 33.

DRUESNE G., *Liberté de prestation de services et travailleurs salariés*, RTDE 1982, p. 75.

FALLON M., *Note sous arrêt CJCE 23 novembre 1999, Arblade et Leloup*, RCDIP 2000, p. 710.

FALLON M., *Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes*, RCDIP 2008, p. 781.

FLAUSS JF., *Les interactions normatives entre les instruments européens relatifs à la protection des droits sociaux*, Petites affiches, 26 juillet 2001 n° 148, p.9.

GAMET L., *L'intérim international*, Semaine sociale Lamy 2010 n°1465, p. 43.

GRUBER A., *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et les droits sociaux*, Petites affiches, 27 décembre 2010 n° 257, p. 67.

GUICHAOUA H., *La fraude à la prestation de service et au détachement de salariés sur le territoire français : panorama de la jurisprudence française*, Droit Ouvrier 2012, p. 543.

GUICHAOUA H., *Une avancée remarquable dans la lutte contre le travail illégal et le dumping social du fait des entreprises étrangères : les arrêts Easy Jet et Vueling*, Droit ouvrier 2014, p. 385.

JAULT-SESEKE F., *Le détachement*, RDT 2008, p. 412.

JAULT-SESEKE F., *Les discriminations tenant à la nationalité*, Semaine sociale Lamy 2010 n° 1465, p. 33.

JAZOTTES G., *La définition du salaire minimal à verser aux salariés détachés : de la directive 96/71 à la directive « Bolkestein »*, RTD Com 2005, p. 336.

JEAMMAUD A., *Du principe d'égalité de traitement des salariés*, Droit social 2004, p. 694.

JORENS Y., *Le détachement des travailleurs en droit européen*, JDE 2011, n°178, p. 89.

LAFUMA E., *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale – Droit de mener une action collective et liberté de prestation de services*, RJS 2008, p. 179.

LAFUMA E., *Droit applicable et « protection » du travailleur détaché*, Semaine Sociale Lamy 2010, p. 39.

LAULOM, S. et LEFRESNE, F., *Dessein et destin de quatre arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes – Peut-on maintenir la spécificité des modèles sociaux en Europe ?*, La Revue de l'IRES, n° spécial "Flexisécurité", mars 2010, p. 127.

LAULOM S., *Le Comité européen des droits sociaux condamne la jurisprudence Laval*, Semaine sociale Lamy 2014 n°1616, p. 5.

LE BRIS-LE BARBIER M., DEL SOL M. et LAFUMA E., *Faut-il réviser la directive détachement ?*, RDT 2012, p. 262.

LHERNOULD JP., *Les salariés détachés ont-ils droit au salaire minimal garanti dans l'Etat d'accueil ?*, RJS 2001, p. 487.

LHERNOULD JP., *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale – Prestation de services transfrontaliers et loi applicable aux salariés détachés*, RJS 2002, p. 303.

LHERNOULD JP., *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale – Application de la rémunération minimale de l'Etat d'accueil au salarié détaché dans le cadre d'une prestation de services*, RJS 2005, p. 507.

LHERNOULD JP., *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale – Quelles règles nationales un Etat membre est-il autorisé à appliquer à un travailleur détaché sur son territoire dans le cadre d'une prestation de services ?*, RJS 2005, p. 189.

LHERNOULD JP., *La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs. Le plombier polonais est-il mort ?*, Droit social 2005, p. 1191.

LHERNOULD JP., *L'actualité de la jurisprudence communautaire et internationale – Directive 96/71 sur le détachement transnational de travailleurs : le concept d'ordre public sous étroite surveillance*, RJS 2008, p. 765.

LHERNOULD JP., *La Cour de Justice de l'UE est-elle antisociale ? Droits sociaux et libertés économiques : quelques perspectives*, RJS 2010, p. 507.

LHERNOULD JP., *Regards : Le détachement des travailleurs intérimaires dans l'Union européenne*, RDT 2012, p. 308.

LHERNOULD JP., *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale - Le statut des travailleurs détachés peut-il être l'objet de négociations et d'actions collectives ?*, RJS 2014, p. 310.

LOUBET P., *Contrôle de la prestation de services et du détachement de salariés*, Cahiers de droit de l'entreprise n° 3 2013, p. 44.

LYON-CAEN A., *A travail égal, salaire égal. Une règle en quête de sens*, RDT 2006, p. 16.

LYON-CAEN A., *Evanescence de la Charte*, RDT 2014, p. 77.

MARGUENAUD JP. et MOULY J., *Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique*, Droit social 2013, p. 339.

MEYER F., *Droit communautaire du travail*, Recueil Dalloz 2005, p. 2783.

MINET C., *La protection des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services transfrontalière*, Recueil Dalloz 2002, p. 3303.

MOIZARD N., *La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services : un « noyau dur » protecteur ?*, Droit social 2008, p. 866.



MOIZARD N., *Quelques observations sur les méthodes d'interprétation de la Cour de justice en matière de droit social*, Droit social 2010, p. 1216.

MOIZARD N. et GAZIN F., *Le détachement des travailleurs intérimaires dans l'Union européenne*, RDT 2012, p. 240.

MOREAU MA., *Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de services dans l'Union européenne*, JDI 1996, p. 889.

MOREAU MA., *Autour de la justice sociale : perspectives internationales et communautaires*, Droit social 2010, p. 324.

MOULY J., *Le Comité européen des droits sociaux face au principe de non-régression en temps de crise économique*, Droit social 2013, p. 339.

MOULY J., *L'article 24 de la Charte sociale européenne sur le droit des salariés à ne pas être licencié sans motif valable est d'effet direct*, Droit social 2014, p. 474.

MUIR WATT H., *Lorsque les libertés d'établissement et de prestation de services favorisent le dumping social*, RCDIP 2008, p. 356.

MULLER F & SCHMITT M., *Droit social communautaire*, Recueil Dalloz 2008, p. 3038.

MULLER F., *Détachement, mise à disposition, déplacement de travailleurs, prêt de main d'œuvre : what else ?*, Droit ouvrier 2011, p. 447.

MULLER F., *L'affaire Flamanville : détachement ou fraude sociale ?*, Droit social 2012, p. 675.

MULLER F., *Détachement des travailleurs : abus et dérives, quels correctifs pour demain ?*, Chronique internationale de l'IRES - n° 142 - septembre 2013

NEAU-LEDUC C., *Le détachement transnational de travailleurs, passager clandestin de la loi PME du 2 août 2005*, JCP S 2005, p. 1292.

NIVELLES V., *Le dilemme du détachement de travailleurs*, Jurisprudence sociale Lamy 2014, n° 357, p. 3.

PASSERONE T., *Avantages liés à un détachement à l'étranger*, JCP S 2012, p. 1152.

PATAUT E., *Détachement et fraude à la loi - Retour sur le détachement de travailleurs salariés en Europe*, RDT 2014, p. 23.

PATAUT E., *Du salaire minimal garanti et de la libre prestation de services*, RCDIP 2005, p. 336.

PEGLOW K., *La libre prestation de services dans la directive n° 2006/123/CE - Réflexion sur l'insertion de la directive dans le droit communautaire existant*, RTDE 2008, p. 67.

RADE C., *Rémunération. Principe « À travail égal, salaire égal ». Champ d'application. Salariés mis à disposition. Inapplicabilité du principe.*, Droit social 2006, p. 98.

RAY JE., *À travail inégal, salaire inégal*, Droit social 2011, p. 42.

REMY P., *Regard : Organiser le futur de l'Allemagne - Quelques points emblématiques du programme du gouvernement de « grande coalition » en droit du travail*, RDT 2014, p. 283.

ROBIN-OLIVIER S., *Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale : le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail*, RTDE 2008, p. 485.

ROBIN-OLIVIER S. et PATAUT E., *Europe sociale ou Europe économique*, RDT 2008, p. 80.

ROBIN-OLIVIER S., *Vers un nouveau régime du détachement des travailleurs ?*, RDT 2014, p. 134.

RODIERE P., *De la libre circulation des travailleurs et de la libre prestation de services au cours d'une période transitoire d'adhésion*, RTDE 1990, p. 632.

RODIERE P., *Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation collective*, RTDE 2008, p. 47.

RODIERE P., *Le détachement de travailleurs dans l'UE : une zone d'affrontement - Première partie*, Semaine sociale Lamy 2014 n°1628, p. 5.

RODIERE P., *Le détachement de travailleurs dans l'UE : une zone d'affrontement - Deuxième partie*, Semaine sociale Lamy 2014 n°1629, p. 4.

SACHS-DURAND C. et SCHMITT M., *Droit social communautaire (1 janvier 2007 – 30 mars 2008)*, JDE 2008, n° 150, p. 186.

SAVATIER J., *Les minima de salaire*, Droit social 1997, p. 575.

SCHMITT M., *La dimension sociale du traité de Lisbonne*, Droit social 2010, p. 682.

SIMON D., *Effet direct horizontal de la Charte des droits fondamentaux*, Europe n° 3 2014, p. 13.

VACHET G., *À travail égal, salaire égal*, Droit social 2008, p. 1046.

WAQUET P., *Retour sur l'arrêt Ponsolle*, RDT 2008, p. 22.

#### Contributions à des colloques :

ALIPRANTIS N., *L'arrêt Commission c. Luxembourg et le rétrécissement arbitraire et péremptoire du pouvoir normatif de l'Etat en matière sociale* - intervention lors du colloque «

évaluer l'application de la directive relative au détachement dans le cadre de la prestation de service » ayant eu lieu à Strasbourg les 25 et 26 mars 2010.

SCHMITT M., *La directive détachement et l'autonomie collective des partenaires sociaux* – intervention lors du colloque « évaluer l'application de la directive relative au détachement dans le cadre de la prestation de service » ayant eu lieu à Strasbourg les 25 et 26 mars 2010.

### Rapports et études :

#### *France :*

- Analyse des déclarations de détachement des entreprises prestataires de services en France en 2011 par la Direction Générale du travail, septembre 2012.
- Circulaire DGT 2008/17 du 5 octobre 2008, relative au détachement transnational de travailleurs en France dans le cadre d'une prestation de services.
- Point d'étape sur les évolutions du financement de la protection sociale du Haut Conseil du financement de la protection sociale, mars 2014.
- Rapport d'information n° 2275 en date du 23 mars 2000, sur la Charte des droits fondamentaux de l'UE, déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne, et présenté par Monsieur le député François LONCLE.
- Rapport d'information n°2423 de l'Assemblée nationale en date du 25 mai 2000 déposé par la délégation de l'Assemblée nationale pour l'Union européenne sur le dumping social en Europe, présenté par Monsieur le député Gaëtan GORCE.
- Rapport d'information n°3150 de l'Assemblée nationale en date du 8 février 2011 déposé par la commission des affaires européennes sur le détachement des travailleurs et présenté par Madame la députée Anne GROSMERCH.

- Rapport d'information du 18 avril 2013 fait au nom de la commission des affaires européennes sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs par Monsieur le sénateur Éric BOCQUET.
- Rapport d'information n°1087 de l'Assemblée nationale en date du 29 mai 2013 déposé par la commission des affaires européennes sur la proposition de directive relative à l'exécution de la directive sur le détachement des travailleurs et présenté par Madame et Messieurs les députés Gilles SAVARY, Chantal GUITTET et Michel PIRON.
- Rapport n°1175 de l'Assemblée nationale en date du 26 juin 2013 fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de résolution européenne sur la proposition de directive relative à l'exécution de la directive sur le détachement des travailleurs, par Monsieur le député Richard FERRAND.
- Proposition de loi n° 1686 en date du 8 janvier 2014, visant à renforcer la responsabilité des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordre dans le cadre de la sous-traitance et à lutter contre le dumping social et la concurrence déloyale.
- Rapport d'information n°1769 du 5 février 2014, déposé par la Commission des affaires européennes portant observations sur la proposition de loi visant à renforcer la responsabilité des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordres dans le cadre de la sous-traitance et à lutter contre le dumping social et présenté par Madame la députée Chantal GUITTET.
- Rapport n°1785 de l'Assemblée nationale en date du 11 février 2014 fait au nom de la commission des affaires sociales sur les propositions de lois visant à renforcer la responsabilité des maîtres d'ouvrage et des donneurs d'ordre dans le cadre de la sous-traitance et à lutter contre le dumping social et la concurrence déloyale, par Monsieur le député Gilles SAVARY.

*Allemagne :*

- Employment & Posting of Union citizens, 50 questions and answers on 1st May 2011, by the Federal Ministry of Labour and Social affairs (English version).

*Union européenne :*

- Avis du Conseil économique, social et environnemental, intitulé l'Union européenne à la croisée des chemins, présenté par M. le rapporteur au nom de la section des affaires européennes et internationales, Christophe Quarez, mai 2014.
- Communication de la Commission au Conseil, au Parlement européen, au Comité économique et social et au Comité des régions du 27 juillet 2003 (COM(2003) 458 final), sur la mise en œuvre de la directive 96/71/CE dans les Etats membres.
- Communication de la Commission du 4 avril 2006 (COM(2006) 159 final) sur les orientations concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions en date du 13 juin 2007 (COM(2007) 304 final) sur le détachement de travailleurs dans le cadre de la prestation de services: en tirer les avantages et les potentialités maximum tout en garantissant la protection des travailleurs.
- Communication de la Commission au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen et au Comité des régions, intitulé « Vers une reprise génératrice d'emplois », (COM(2012) 173 final).
- Étude comparative des aspects juridiques concernant le détachement des travailleurs dans le cadre des prestations de services dans l'Union européenne à la Commission européenne, par Aukje van Hoek & Mijke Houwerzijl, novembre 2011.

- Étude complémentaire sur les aspects juridiques concernant le détachement des travailleurs dans le cadre des prestations de services dans l'Union européenne pour la Commission européenne, par Aukje van Hoek et Mijke Houwerzijl, novembre 2011.
- Rapport des services de la Commission en date du 4 avril 2006 (COM(2006) 159 final) sur la mise en œuvre de la directive 96/71/CE concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.
- Recommandation de la Commission du 31 mars 2008 relative à l'amélioration de la coopération administrative dans le contexte du détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (2008/C 85/01).
- Guide pour le travailleur mobile européen de la Confédération européenne des syndicats, par Dr. Katrin Distler (DGB) et Ger Essers (FNV), 2011.
- Travail indépendant et faux travail indépendant dans le secteur de la construction au sein de l'Union européenne - Une étude comparative de 11 États Membres, par le Professeur Y. JORENS, à la demande des partenaires sociaux européens du secteur de la construction (FETBB et FIEC).

Sites internet :

<http://www.alternatives-economiques.fr>

<http://www.assemblee-nationale.fr>

<http://www.businessseurope.eu>

<http://curia.europa.eu>

<http://www.echr.coe.int>

<http://ec.europa.eu>

<http://www.efbww.org>

<http://www.etuc.org>

<http://etui.org>

<http://eur-lex.europa.eu>

<http://eurodetachement-travail.eu>  
<http://www.eurofound.europa.eu>  
<http://www.faire-mobilitaet.de>  
<http://hub.coe.int>  
<http://www.ilo.org>  
<http://lefigaro.fr>  
<http://www.legifrance.gouv.fr>  
<http://lemonde.fr>  
<http://www.lesechos.fr>  
<http://www.lexpress.fr>  
<http://www.liberation.fr>  
<http://www.metiseurope.eu>  
<https://www.ngg.net>  
<http://www.robert-schuman.eu>  
<http://www.senat.fr>  
<http://www.touteurope.eu>  
<http://www.un.org>  
<http://www.zoll.de>



# TABLE DES MATIERES

REMERCIEMENTS .....	2
LISTE DES PRINCIPALES ABREVIATIONS .....	3
SOMMAIRE .....	6
INTRODUCTION.....	7
§ 1. Les notions de rémunération et de salarié détaché .....	8
A) La rémunération ou le salaire.....	8
1) La définition .....	8
2) Les implications.....	10
B) Le salarié détaché .....	11
1) La définition .....	11
2) Les situations de détachement .....	13
§ 2. Le contexte historique et actuel .....	14
A) La naissance et les enjeux du détachement des travailleurs.....	14
1) Le détachement des travailleurs, un outil de la libre prestation de services .....	14
2) La nécessité de réglementer le recours à un tel outil : quelle est la loi applicable ?.....	15
B) La réglementation et ses interprétations en vigueur actuellement.....	18
1) L'application pratique.....	18
2) Les influences de la Cour de justice de l'Union européenne.....	20
PARTIE 1 : La rémunération du salarié détaché protégée par la garantie d'un salaire minimum .....	23
Section 1 : Une protection de la rémunération limitée au salaire minimum par la directive « détachement » .....	24

§ 1. Le salaire, un élément du noyau dur .....	25
A) L'application du salaire minimum du pays d'accueil .....	25
1) Les implications d'un tel régime .....	25
2) Les conséquences d'un autre scénario .....	28
B) L'applicabilité du noyau dur .....	32
1) La souplesse du noyau dur.....	32
2) La difficulté d'élargir le « noyau dur ».....	34
§ 2. Une protection du salaire soumise à conditions.....	40
A) L'existence d'un dispositif légal, réglementaire ou administratif.....	41
1) Le principe .....	41
2) L'exemple français .....	42
B) La présence d'un dispositif conventionnel d'application générale ou la mise en œuvre d'un « système palliatif ».....	44
1) Les conventions collectives ou sentences arbitrales déclarées d'application générale au sens de la directive « détachement ».....	45
2) La possibilité de se prévaloir d'un « système palliatif ».....	46
Section 2 : L'effectivité de la protection de la rémunération du salarié détaché .....	48
§ 1. Une effectivité mise en cause par l'interprétation stricte de la directive .....	48
A) Des situations légales mais non « socialement responsables» .....	49
1) L'absence de taux de salaire minimal en raison de la non-application des conventions collectives .....	49
2) L'exemple symbolique des abattoirs allemands .....	53
B) Un système palliatif insuffisant, voire inexistant .....	56
1) Les difficultés d'interprétation du dispositif.....	57

2) L'interprétation stricte adoptée par la Cour de justice de l'Union européenne .....	58
§ 2. Une effectivité mise en cause par des pratiques frauduleuses .....	60
A) Des fraudes aux conditions de travail et d'emploi et aux charges sociales.....	62
1) Les fraudes complexes.....	62
b) Les fraudes à la nature de l'activité exercée.....	65
2) Les fraudes simples .....	66
B) La volonté de remédier au constat de l'insuffisance des contrôles .....	69
1) Des freins à l'application de la législation relative aux salariés détachés .....	69
2) Le remède offert par la proposition de directive d'exécution.....	74
<b>PARTIE 2 : La détermination d'une rémunération minimum au salarié détaché lui conférant un statut égalitaire .....</b>	<b>79</b>
Section 1 : Le droit du salarié détaché à un niveau minimal de rémunération.....	80
§ 1. La compétence exclusive des Etats membres quant à la notion de rémunération minimale .	80
A) L'absence de réponse offerte par la directive « détachement » .....	80
1) Des indications législatives partielles et floues .....	81
2) Des indications prétoriennes timides .....	85
B) La détermination du salaire minimal.....	89
1) Une diversité d'alternatives offertes aux Etats membres .....	90
2) Des montants fortement divergents favorisant le dumping social.....	93
§ 2. Les voies pour assurer un salaire minimum garanti .....	97
A) La voie incertaine de l'incitation .....	97
1) Un choix suggéré par la Cour de justice de l'Union européenne .....	97
2) Le risque du peu de réactions .....	99
B) La voie impossible de l'obligation ? .....	101

1) La mise en place d'une obligation européenne de fixation d'un taux de salaire minimum .....	101
2) Les obstacles à l'imposition d'un taux de salaire minimum.....	105
Section 2 : Le droit du travailleur détaché à l'égalité de rémunération .....	108
§ 1. L'égalité de rémunération, une exigence ignorée par la directive « détachement » .....	109
A) Une situation d'inégalité sur un même lieu de travail .....	109
1) Le constat et les conséquences qui en découlent.....	109
2) L'indifférence de la directive et de ses interprétations.....	112
B) Une situation en opposition avec les sources européennes et internationales .....	116
1) L'influence limitée du droit de l'Union européenne .....	117
2) Des influences internationales plus prometteuses .....	119
a) Les normes de l'Organisation Internationale du Travail.....	119
b) Les normes de l'Organisation des Nations Unies .....	122
§ 2. L'extension du principe « à travail égal, salaire égal ».....	123
A) L'apport décisif de la Charte sociale européenne.....	125
1) La dénonciation de l'inégalité de traitement par le Comité européen des droits sociaux 126	
2) Une avancée tempérée par l'influence limitée des décisions du Comité européen des droits sociaux .....	130
B) Une possibilité de rééquilibrer le rapport entre droits sociaux et libertés économiques au profit des travailleurs détachés ? .....	132
1) Vers la reconnaissance de l'égalité en matière de libre prestation de services comme en matière de libre circulation des travailleurs .....	133
2) Vers une extension du champ d'application du principe français « à travail égal, salaire égal » .....	136

CONCLUSION .....	140
ANNEXES .....	144
BIBLIOGRAPHIE .....	146
TABLE DES MATIERES.....	161