

UNIVERSITE LILLE2 – DROIT ET SANTE
FACULTE DES SCIENCES JURIDIQUES, POLITIQUES ET SOCIALES



**LE SALAIRE DU TRAVAILLEUR DETACHE EUROPEEN AU CŒUR DU DUMPING
SOCIAL**

Sous la direction de **Monsieur François DUMONT**

Professeur en droit privé – Université Lille 2

Mémoire de recherche présenté et soutenu par **Clotilde SACCHETTINI**

Master 2 Recherche Droit privé approfondi (spécialité droit social)

Année universitaire 2016-2017

*Je tiens à remercier Monsieur François DUMONT pour avoir accepté de diriger cette recherche.
Merci également à mes camarades de promotion dont les échanges ont permis d'enrichir ce
mémoire. Un merci particulier à Lola, Charles et Thibault pour leur soutien, leurs corrections,
et leur patience.*

SOMMAIRE

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	6
INTRODUCTION	8
<u>PARTIE 1 : LA CONSTRUCTION ECONOMIQUE ET SOCIALE EUROPEENNE FACE A LA CONCURRENCE DELOYALE</u>	<u>18</u>
CHAPITRE 1 : LE MARCHÉ INTERIEUR SOURCE DU DUMPING SOCIAL.....	19
<i>Section 1 : Du marché unique à l'inévitable dumping social.....</i>	<i>20</i>
<i>Section 2 : Le détachement de travailleurs au cœur du dumping social.....</i>	<i>28</i>
<i>Section 3 : La jurisprudence fondatrice antérieure à la Directive.....</i>	<i>36</i>
CHAPITRE 2 : LA LUTTE CONTRE LE DUMPING SOCIAL AU TRAVERS DU SALARIE DETACHE.....	43
<i>Section 1 : La mise en oeuvre de la Directive 96/71/CE</i>	<i>43</i>
<i>Section 2 : Une mise en concurrence du droit des travailleurs et de la liberté de prestation de services.....</i>	<i>50</i>
<i>Section 3 : Le détournement de la Directive 96/71/CE.....</i>	<i>55</i>
<u>PARTIE 2 : LE REMUNERATION DU SALARIE DETACHE FACE A LA LEGISLATION</u>	<u>62</u>
CHAPITRE 1 : L'EUROPE FACE AU SALARIE DETACHE.....	62
<i>Section 1 : La définition du salaire en question</i>	<i>63</i>
<i>Section 2 : Le combat contre les disparités salariales au sein l'UE.....</i>	<i>75</i>
<i>Section 3 : L'égalité salariale au cœur de la révision de la Directive de 96.....</i>	<i>84</i>
CHAPITRE 2 : LA FRANCE FACE AU SALARIE DETACHE.....	96
<i>Section 1 : La législation française relative au détachement</i>	<i>98</i>
<i>Section 2 : La Clause Molière, une initiative locale.....</i>	<i>106</i>
<i>Section 3 : Vers un protectionnisme français.....</i>	<i>113</i>
CONCLUSION	118
BIBLIOGRAPHIE	120
TABLE DES MATIÈRES.....	134

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS

BTP : Bâtiments travaux publics

Cass. : Cour de cassation

CEE : Communauté économique européenne

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

DIRECCTE : Direction régionale des entreprise, de la concurrence, de la consommation, du travail et de l'emploi

Dr. soc. : Droit social

Ibid. : Ibidem

Idem. : Identique

INSEE : Institut National de la statistique et des études économiques

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 de droit international

JO : Journal officiel

OCDE : Organisation de coopération et de développement économique

ONU : Organisation des Nations Unies

PUF : Presse universitaire de France

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

Sem. Soc. Lamy : Semaine sociale Lamy

Soc. : Chambre sociale de la Cour de cassation

SMIC : Salaire minimum interprofessionnel de croissance

TA : Tribunal Administratif

TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne

TUE : Traité sur l'Union européenne

UE : Union européenne

INTRODUCTION

« Gagner sa vie, cela ne fait point peine, et même fait plaisir. Ce qui irrite, c'est l'idée que ce salaire bien gagné ne vienne pas par le travail seul, comme un lièvre pris à la chasse, mais dépende encore de la volonté et du jugement de quelqu'un »¹.

Qui n'a jamais entendu que « *tout travail mérite salaire* » ? Oui, mais ce salaire, comme le dit Alain, n'est pas déterminé librement par le salarié.

En France, le salaire de base est fixé librement entre l'employeur et le salarié, soit par le contrat de travail, soit par décision de l'employeur (usages, directives, barème d'entreprise, notes d'information) sous réserve du respect de certaines règles légales et conventionnelles.

Plusieurs modes de fixation sont possibles : au temps, en fonction de la durée de travail effectif (c'est le mode le plus courant) ; au rendement, en fonction de normes connues et définies préalablement (guelte, travail aux pièces, prime) ; au forfait. Dans les conditions et avec les garanties prévues par le code du travail, une convention de forfait entre le salarié et l'employeur est alors obligatoirement conclue par écrit. Elle doit par ailleurs être précise et quantifiée.

Le salaire, du latin *salarium*², constitue selon la législation française la contrepartie du travail fourni. Le salaire est parfois confondu avec le terme de rémunération qui se définit comme la *contrepartie du travail ou de la disponibilité du travailleur, fixe ou variable, calculée au temps ou au rendement, fixée en argent ou pour partie en nature ; elle comporte non seulement le salaire et ses accessoires (primes, gratifications, indemnités, pourboires), mais l'ensemble des avantages accordés au travailleur en vue de lui permettre de satisfaire à ses besoins*³. Dans ce contexte, le salaire est une composante de la rémunération.

¹ Emile-Auguste Chartier, dit Alain, *Esquisses de l'homme* 1927

² « solde pour acheter du sel »

³ Vocabulaire juridique Gérard Cornu

En droit français, le salaire s'entend brut et comprend l'ensemble des sommes convenues et des avantages accordés par l'employeur : salaire de base, avantages en nature, primes, gratifications, pourboires, ainsi que des majorations prévues par la loi ou les accords collectifs (majoration pour heures supplémentaires, travail de nuit, du dimanche, travail salissant ou pénible).

Il ne comprend pas les remboursements de frais professionnels, les indemnités présentant le caractère de dommages-intérêts (telle l'indemnité de licenciement), ni les sommes versées au titre de l'intéressement ou de la participation.

Dans tous les cas, doivent être respectés : les règles relatives au SMIC ; les règles relatives à la mensualisation ; les salaires minimaux et les éléments de rémunération prévus par les conventions ou accords collectifs applicables, ou l'usage éventuellement en vigueur dans l'entreprise ; le principe d'égalité de rémunération entre femmes et hommes ; la non-discrimination (notamment syndicale)⁴.

La jurisprudence française avait estimé dans un premier temps que l'employeur était libre, dans l'exercice de son pouvoir de direction, et sauf discrimination injustifiée, libre de décider pour chaque salarié des augmentations de rémunération qui ne lui sont pas imposées par les contrats individuels ou collectifs, ou par la loi⁵. Ensuite, en application de la règle « *à travail égal, salaire égal* »⁶, l'employeur a été tenu d'assurer l'égalité de rémunération entre tous les salariés pour autant que ceux-ci étaient placés dans une situation identique. La jurisprudence a enfin visé directement le principe « *à travail égal, salaire égal* » sans plus mentionner d'autres dispositions du code du travail⁷. Aujourd'hui, le principe « *à travail égal, salaire égal* » est régulièrement réaffirmé.⁸

⁴<http://travail-emploi.gouv.fr/droit-du-travail/remuneration-et-participation-financiere/remuneration/article/le-salaire-fixation-et-paiement>

⁵ Soc. 9 juill. 1985, n° 83-40.336

⁶ Principe énoncée par les articles L. 133-5-4° et L. 136-2-8° (art. L. 2271-1, 8°) du code du travail

⁷ Soc. 18 mai 1999, n°s 98-40.201 et 98-40.202

⁸ Soc. 4 févr. 2009, n° 07-11.884 - Soc. 30 avr. 2009, n° 07-40.527

Dans le cadre de l'UE, jusqu'à la crise actuelle, les salaires étaient restés sur le plan légal en dehors de sa gouvernance économique. Le protocole social annexé au traité de Maastricht de 1992, prévoyait que les mesures que la nouvellement créée Union européenne pourrait prendre dans le domaine social « *ne s'applique[raie]nt pas aux rémunérations* ». Autrement dit, le salaire relevait de la compétence nationale.

Toutefois, l'UE n'a pas oublié qu'elle s'était fixée pour missions de conduire à « *un relèvement accéléré du niveau de vie* »⁹ et de « *favoriser l'harmonisation des systèmes sociaux* ». Et dans le cadre du salarié détaché¹⁰, ce principe « *à travail égal, salaire égal* » a récemment été repris par la Commission européenne s'agissant de la révision de la directive 96/71/CE relative au détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services. Cette révision traduit l'engagement pris par l'actuelle Commission, dans ses orientations politiques, de promouvoir le principe d'une rémunération identique pour un même travail effectué au même endroit. Au moment de l'annonce en mars 2016, Marianne THYSSEN, commissaire pour l'emploi, les affaires sociales, les compétences et la mobilité des travailleurs, a déclaré à ce propos : « *J'ai dit, dès le tout début de mon mandat, que nous devons faciliter la mobilité de la main-d'œuvre, mais qu'il fallait le faire de façon équitable. La proposition d'aujourd'hui créera un cadre juridique clair, équitable et facile à appliquer en matière de détachement.* »

Dans une étude publiée en 1956¹¹, la mobilité du travailleur était déjà à cette époque source de préoccupations. La mobilité des travailleurs n'est pas nouvelle et « *de tous temps des individus ou des groupes se sont déplacés, sous l'effet de la pression économique et démographique, ou pour toute autre raison* »¹².

La mobilité n'a cessé de s'accroître et avec la construction européenne la liberté de circulation des travailleurs n'a que plus ouvert le marché du travail. Comme l'indique l'étude de 1956, outre le progrès technique, les travailleurs se sont vus de mieux en mieux protégés dans leurs droits.

⁹ Article 2 du traité

¹⁰ Seul domaine où l'UE a une compétence quant à l'imposition d'un taux de salaire minimal

¹¹ Alain GIRARD, Développement économique et mobilité des travailleurs, Présentation d'une publication de l'I.N.E.D., In : Population, 11^e année, n°2, 1956, pp. 329-333, <http://www.persee.fr>

¹² Ibid. note 11, p. 329

Au niveau de l'Union Européenne, la mobilité du travail contribue au bon fonctionnement du marché intérieur, en assurant un meilleur appariement entre l'offre de travail et la demande des entreprises, nécessaire pour réduire le chômage et accroître la productivité. Les élargissements de l'UE au cours des années 2000 ont provoqué des migrations significatives des nouveaux États membres de l'est de l'Europe vers ceux de l'ouest. Par ailleurs, depuis la crise, des mouvements migratoires non-négligeables sont apparus en réaction à la hausse du chômage dans les pays les plus touchés et à la forte divergence des taux de chômage au sein de la zone euro.

La mobilité en cause depuis un certain nombre d'années concerne le cas du salarié détaché et plus particulièrement le salarié détaché dans le cadre d'une prestation de services. Le détachement des travailleurs par les entreprises a toujours accompagné le développement des échanges internationaux. Ainsi, la construction européenne en favorisant le déploiement de la libre prestation de services a permis aux entreprises de détacher un nombre croissant de travailleurs pour accompagner la croissance de leurs activités de plus en plus internationalisées.

Le détachement effectué dans le cadre d'une prestation de services reste la seule forme de mobilité qui bénéficie d'une reconnaissance et donc d'un traitement particulier, prodigué par les instances communautaires¹³. La qualification de prestation de services recouvre de nombreuses situations ce qui a d'ailleurs été reconnu par la CJUE¹⁴. « *La prestation de services peut consister soit dans l'exécution de travaux par une entreprise, pour son compte et sous sa direction, dans le cadre d'un contrat conclu entre cette entreprise et le destinataire de la prestation de services, soit dans la mise à disposition de travailleurs en vue de leur utilisation par une entreprise, dans le cadre d'un marché privé* »¹⁵.

¹³ Maudet-Bendahan M., *La mobilité géographique du travailleur salarié au sein de l'Union européenne*, LGDJ, Thèses, 2012, p. 62 (au total 494 p.)

¹⁴ CJCE, 27 mars 1990, aff. C-111/89, *Rush Portuguesa*, point 16 : « *Il y a lieu de préciser que, dans la mesure où la notion de prestation de services telle que définie par l'article 60 du traité couvre des activités de nature très divergente* ».

¹⁵ 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 : JOCE L. 18/1 du 21 janvier 1997, considérant 4.

En droit français, le détachement a longtemps été source de confusion quant à sa définition et peut-être cela est-il lié aux nombreuses autres notions utilisées pour parler de la mobilité internationale des travailleurs. On parle effectivement aussi bien de détachement que de prêt de main d'œuvre ou d'expatriation. De nombreux auteurs ont cherché à définir la mobilité internationale. Messieurs Baudet-Caille, Monville et Tome indiquent qu' « *en droit du travail, il n'existe pas de définition des différentes formes de mobilité internationale. En pratique, on se réfère le plus souvent aux notions de détachement à l'étranger et d'expatriation qui, elles-mêmes, ne font l'objet de définition juridique qu'en droit de la sécurité sociale. En cette matière, la distinction entre le détachement à l'étranger et l'expatriation repose sur l'affiliation ou non au régime de la sécurité sociale français. En droit du travail, lorsqu'un salarié français est envoyé à l'étranger, on parle de contrat de travail international, mais le Code du travail ne définit pas ce type original de contrat* »¹⁶. (...) « *Est détaché le salarié français envoyé en déplacement à l'étranger pour une durée limitée par une entreprise aillant son siège social en France. Pendant cette durée, l'employeur continue de payer au régime français de sécurité sociale l'intégralité des cotisations sociales dues (...) Il s'agit du critère essentiel du détachement* »¹⁷.

La pluralité des définitions, que ce soit dans le domaine du droit du travail ou de la sécurité sociale, a conduit le législateur français à introduire une définition dans une loi de 2005¹⁸. La définition du salarié détaché a été codifiée à l'article L1261-3¹⁹ et précise qu' « *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* ».

Il est intéressant de constater que cette définition ne prend en compte que le salarié d'un autre Etat membre venant travailler temporairement en France. Par conséquent, et comme le précise Marilyn Maudet-Bendahan, le salarié français détaché vers un autre Etat membre « *n'est pas*

¹⁶ BAUDET-CAILLE V., MONVILLE J., TOME M., *Etre salarié français à l'étranger*, 1998, p. 9

¹⁷ Ibid., p48

¹⁸ Loi n°2005-882 du 2 août 2005 relative aux PME, art. 89 : JO du 03/08/2005

¹⁹ Ancien article L 342-2 du Code du travail

couvert par cette définition »²⁰. La définition du salarié détaché français dépend donc de la législation communautaire ainsi que de la législation du pays dans lequel le salarié sera détaché.

En droit communautaire, le détachement a d'abord été encadré par un règlement communautaire édicté dans le champ de la sécurité sociale, indépendamment de toute règle de droit du travail. Avant l'adoption de la directive 96/71/CE, la seule mention du détachement dans un texte de droit communautaire était celle contenue à l'article 14 du règlement communautaire (CEE) n° 1408/71 du Conseil, du 14 juin 1971, relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés. Ce texte prévoyait les règles de protection sociale applicables pour les salariés détachés par une entreprise ou auto-détachés, dans le cas des travailleurs individuels, à partir d'un Etat membre dans un autre Etat membre. Il permettait que le travailleur demeure soumis à son régime d'assurance d'origine, pour une durée d'un an, renouvelable une fois.

Dans la perspective de l'élargissement de l'Europe et afin de protéger la libre prestation de services comme le droit des travailleurs détachés, l'UE a adopté la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996. Le droit communautaire donnait ainsi une définition du salarié détaché au sein de l'UE. Est donc considéré comme travailleur détaché « *tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat sur le territoire duquel il travaille habituellement* »²¹. Outre la définition du salarié détaché, la directive va prévoir des règles impératives minimales garantissant aux salariés détachés une protection dans le pays d'accueil.

D'un point de vue statistique, au regard de l'ensemble de la population salariée dans l'Union, la part des travailleurs détachés est très minime. Elle représente 0,7 % du nombre de salariés mais ce chiffre a fortement progressé (de près de 45 %) entre 2010 et 2014.

Pourvus de missions de quatre mois, en moyenne, ils se concentrent principalement dans le bâtiment (43,7 %), l'industrie manufacturière (21,8 %), l'éducation, la santé et les services sociaux (13,5 %). Les secteurs de l'agriculture et des abattoirs sont, eux aussi, en partie

²⁰ Ibid note 13

²¹ Article 2, définition

concernés. La France, l'Allemagne et la Belgique regroupent aujourd'hui la moitié environ des 1,9 millions de travailleurs détachés. Ils étaient 400 000 en France, en 2014.

Le salarié détaché est au cœur de l'actualité et pourtant on le connaît « mieux » sous l'intitulé de plombier polonais²². Ce terme est né de la polémique autour de la directive « Bolkestein »²³ qui s'accompagnait de la sanctuarisation du principe du pays d'origine²⁴. Loin de disparaître, le terme de plombier polonais revient dès qu'il est question d'emploi attribué à un salarié étranger dans le cadre d'un détachement. Au-delà du caractère nationaliste de ce terme, la problématique du plombier polonais est liée au dumping social, que le législateur français tente de combattre. Sa lutte n'est pas individuelle et le droit de l'UE s'est également lancé depuis 2016 dans une campagne anti dumping social.

L'objectif du projet européen était à ses débuts de construire un marché unique et de coordonner les politiques sociales nationales, dans le but d'améliorer les conditions de vie. Or ce projet européen a changé de nature au cours des années 1980. L'adoption de l'Acte unique en 1986, du traité de Maastricht en 1992 et de l'euro en 1999, en instaurant un espace économique unique, vont accroître la compétition entre salariés. *« La gouvernance économique instaurée à partir de 2011 a radicalisé ces orientations, faisant du salaire l'ennemi de la compétitivité. Ainsi, au sein du nouveau cadre qu'ils ont créé avec le Semestre européen, l'adoption du Pacte « euro plus » et, récemment, du Traité de stabilité, de coordination et de gouvernance, les États membres s'imposent de maîtriser les coûts salariaux et de réduire les coûts non salariaux. Mais il s'agit également de mener des réformes institutionnelles, en décentralisant les procédures collectives de négociation salariale et en différenciant le plus possible les rémunérations entre salariés »*²⁵.

²² Terme inventé par Philippe de Villiers le 14 mars 2005 en réagissant aux déclarations de José Manuel Barroso, président de la Commission européenne.

²³ Directive 2006/123 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur

²⁴ THIBAUDAT J.-P., « Le plombier polonais, fossoyeur du oui », *Libération*, 11 juin 2005, p. 5

²⁵ RAVEAUD G., « L'Union européenne contre le salaire », *La Revue de l'Ires*, Février 2012 (n°

« *Le salaire ennemi de la compétitivité* » ? C'est donc que l'on peut s'en servir, du salaire, pour développer la concurrence entre les entreprises et ainsi tomber dans une forme de dumping social. Daniel Vaughan-Whitehead définit le dumping social comme « *toute pratique poursuivie par une entreprise qui viole ou contourne délibérément des règles sociales ou qui tire avantage des différences qui existent entre les droits sociaux et ce afin d'en tirer un avantage économique, en termes de compétitivité (et où) l'Etat peut jouer un rôle déterminant dans ce processus* »²⁶.

En France, l'Assemblée Nationale a retenu une définition du dumping social comme « *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 avantage économique, notamment en termes de compétitivité* »²⁷.

C'est un fait, il existe de grandes disparités dans les salaires pratiqués au sein des pays membres de l'UE²⁸ et cela engendre des pratiques de concurrence déloyales entre les entreprises issues des pays « *pauvres* » et celles issues des pays « *riches* ».

Il y a discrimination sur le marché du travail si des travailleurs dont les capacités sont identiques sont traités différemment du fait de leur appartenance à un groupe démographique. La discrimination peut s'exprimer par des différences de salaire mais aussi par une ségrégation qui évince des individus de certains types d'emploi. La discrimination salariale est un phénomène souvent dénoncé. En France, pour des équivalents temps plein, les hommes touchent 23 % de plus que les femmes : 2 410 euros pour les premiers en moyenne, contre 1 962 euros nets pour les secondes. L'écart atteint même 25 % chez les cadres supérieurs. Les inégalités sont bien plus

73), p. 99-123. DOI 10.3917/rdli.073.0099

²⁶ Vaughan-Whitehead D., *EU Enlargement Versus Social Europe ? : The Uncertain Future of the European Social Model*, Edward Elgar, 2003, p. 325

²⁷ Rapport d'information de M. Gaëtan GORCE, au nom de la délégation pour l'Union européenne, sur le dumping social européen, n°2423, 25 mai 2000, <http://www.assembleenationale.fr/europe/themes/politique%20sociale.asp>, février 2011, p. 10

²⁸ Selon une enquête Eurostat, le salaire minimum mensuel en Roumanie se situe autour des 250 euros tandis que le salaire minimum mensuel du Luxembourg est de 2 000 euros.

grandes entre catégories sociales : les cadres supérieurs reçoivent un salaire en moyenne 2,44 fois plus élevé ² que les ouvriers, 2,52 fois plus chez les hommes et 2,41 fois chez les femmes²⁹.

S'agissant des salariés détachés, les professionnels des secteurs confrontés à la venue de ces travailleurs déplorent une concurrence déloyale liée aux différences des niveaux de cotisations sociales à travers l'UE. Il faut rappeler en effet que les charges qui pèsent sur le salaire du travailleur sont celles appliquées dans le pays d'origine contrairement aux conditions de travail qui sont celles du pays d'accueil.

La France est ainsi soumise à un taux de 51,7%, contre 39,4% en Allemagne, 26% en Pologne ou 17,9% en Croatie. Selon Gilles SAVARY « *il s'agit d'une guerre civile sociale absolument délétère pour l'image de l'Europe* ». Chantal GUITTET précise que « *le détournement de la directive met à mal un grand pan de notre industrie et précarise nos salariés* ». La députée PS avance même que certains salariés détachés sont rémunérés entre 2 et 4 euros de l'heure³⁰.

La Cour de justice de l'UE s'est vue soumettre un certain nombre d'affaires mettant en avant l'action syndicale revendiquant une égalité de rémunération des salariés détachés aux salariés locaux. Cependant ces actions collectives ont été mises en confrontation avec la libre prestation de services des entreprises. Les affaires Viking et Laval de 2007 traduisent le choix que la CJUE a fait entre deux droits antinomiques : le droit de grève d'un côté et la libre prestation de services de l'autre. Elle a pris le parti de considérer le droit de grève comme possible entrave à la libre prestation de services. Le dumping social est un fait, certes, mais la directive 96/71/CE accorde aux salariés détachés une protection salariale minimale qui paraît suffisante et qui protège au moins le salarié détaché d'un salaire dérisoire.

Toutefois, les Etats sont souverains quant à la détermination de ce fameux « taux de salaire minimal » qui doit être appliqué aux salariés détachés. Le flou dans la détermination de ce taux de salaire au sein des différents Etats membres ne place pas les salariés sur un pied d'égalité et les entreprises profitent de ces carences.

²⁹ Données INSEE 2014

³⁰ Il faut toutefois prendre du recul quant à cette déclaration car aucune source n'accompagne cette affirmation.

Depuis les années 2000, la Commission ne peut constater les manquements, abus et détournements de la directive 96/71/CE. De tous genres, de plus en plus complexes, issus d'une certaine forme de laxisme, d'ignorance ou de désintérêt, la concurrence déloyale pratiquée dans le cadre du détachement de travailleurs inquiète les institutions européennes comme les législateurs nationaux.

Un premier pas de réforme est entamé par l'UE au travers de la directive d'exécution de 2014. Mais les élargissements successifs étendent géographiquement la problématique et le « plombier polonais »³¹ ne meure pas. En mars 2016, la Commission entame sa campagne pour la révision de la directive détachement au grand damne des pays d'Europe centrale. La France et l'Allemagne quant à elles poussent vers une révision en profondeur.

La Commission se voit opposer un « carton jaune » de onze Etats membres de l'UE au motif que cette proposition entrave le principe de subsidiarité accordé aux Etats. Le principe « à travail égal, salaire égal » pose problème aux Etats qui tiennent à conserver la détermination du salaire minimal applicable aux salariés détachés sur leur territoire. Malgré cela, la Commission ne reconnaît pas cette entrave au principe de subsidiarité et décide par conséquent de poursuivre son projet de révision. Trop de détournements de la directive détachement mettent à mal le droit pour ces salariés de bénéficier d'une protection salariale égale aux salariés locaux, une révision est indispensable.

La France, en soutien de la Commission, part également en campagne pour défendre la lutte contre le dumping social. Malgré tous ses efforts, le législateur français, qui a bien souvent devancé la législation européenne dans ce domaine, constate que l'absence d'harmonisation des législations des Etats maintient le dumping social. Malgré de nombreux durcissements successifs à travers les lois françaises de 2005, 2014, 2015 et 2016, le cas du salarié détaché reste au cœur de nombreuses préoccupations : économique, législative, politique. L'opinion publique, dans un contexte de chômage croissant, reste très attentive voire réticente au cas des salariés détachés. Le « *plombier polonais n'est pas mort* », au grand damne cette fois des travailleurs français et des politiciens nationalistes.

³¹ LHERNOULD J.-P., « Le plombier polonais est-il mort ? La loi du 2 août et le détachement transnational de travailleurs », *Droit Social*, 2005, p. 1191

Les législateurs européens et français ont-ils réussi à mettre en place un dispositif contre le dumping social lié au salarié détaché ?

Pour y répondre, il convient, dans un premier temps, de déterminer en quoi la construction économique et sociale européenne a du faire face à la concurrence déloyale dont le salarié détaché représente l'enjeu économique (Partie 1).

L'Europe s'est construite avec l'objectif de mettre en place un marché intérieur, promesse de prospérité économique et sociale. Toutefois, cette initiative à la base économique a créé une concurrence entre les salariés mobiles au sein de l'Union européenne (Chapitre 1).

Face à cette concurrence il a fallu admettre que le dumping social lié au salarié détaché ne se résorberait pas de lui-même. Il fallait donc organiser la lutte contre le dumping social tout en préservant les principes de la construction européenne (Chapitre 2).

Dans un second temps, il a paru intéressant de savoir de quelle manière était appréhender le salarié détaché et plus particulièrement la question de sa rémunération qui fait l'objet du dumping social (Partie 2).

De part la mobilité internationale du travailleur détaché, l'Europe s'est positionnée quant à son statut autant d'un point de vue législatif que d'un point de vue jurisprudentielle (Chapitre 1).

La France, quant à elle, au 3^e rang des pays européens accueillant des travailleurs détachés, s'est montrée très en avance quant à la protection des salariés détachés mais également relativement à la lutte contre le dumping social (Chapitre 2).

PARTIE 1 : LA CONSTRUCTION ECONOMIQUE ET SOCIALE EUROPEENNE FACE A LA CONCURRENCE DELOYALE

La construction européenne a particulièrement misé sur la réussite d'un marché intérieur, basé sur la libre circulation des marchandises comme des citoyens. Cependant la liberté économique s'est notamment traduite par une concurrence entre les salariés européens (Chapitre 1). Face à cette situation, il fallu mettre en œuvre un dispositif législatif permettant la protection des travailleurs

et plus particulièrement des travailleurs détachés, liés à ce dumping social (Chapitre 2).

Chapitre 1 : Le marché intérieur source du dumping social

Le marché intérieur ou marché unique désigne un espace sans frontières intérieures dans lequel les marchandises, les services et les capitaux circulent librement et où les citoyens européens peuvent librement vivre, travailler, voyager, faire leurs achats, étudier...

Avec 502 millions de consommateurs depuis l'élargissement de janvier 2007, il s'agit du plus grand marché au monde. C'est un des objectifs majeurs à l'origine de la création de la Communauté européenne.

La mise en place du marché intérieur s'est effectuée dans une optique libérale, pour laquelle la suppression des barrières à l'échange est perçue comme facteur de croissance et créatrice d'emplois.

Pour réaliser le marché intérieur, il a fallu assurer la liberté de circulation des personnes, des marchandises, des services et des capitaux. Les règles nationales ont donc été harmonisées par le biais du principe de non-discrimination en fonction de la nationalité, de la reconnaissance mutuelle des législations nationales, et de la transposition des directives communautaires dans le droit de chaque État membre.

Cet objectif d'espace sans frontières intérieures fait face à un certain nombre d'obstacles dont le dumping social en fait partie. Au sein de l'UE, le droit du travail reste de la compétence des États membres. Les standards sociaux (salaire minimum, durée du travail...) diffèrent donc d'un État à l'autre. Au 1er janvier 2016, le salaire minimum mensuel était par exemple de 215 euros en Bulgarie et de 1 923 euros au Luxembourg.

Il existe ainsi un risque de délocalisation compétitive : les écarts de standards sociaux peuvent encourager les entreprises à se diriger vers les États dont le coût du travail est le plus bas. Certains estiment par ailleurs, comme le député européen Guillaume Balas, que les standards sociaux les plus élevés seraient poussés à diminuer et les plus bas à ne pas, ou faiblement, progresser.

L'une des législations les plus critiquées, et perçue comme étant à l'origine de ce dumping social, est la directive sur les travailleurs détachés. Le travailleur détaché est en effet soumis à la

législation de l'Etat membre dans lequel il part travailler mais paie ses cotisations sociales dans son pays d'origine.

Le marché unique, bien que source de beaucoup d'espoirs, semble également source d'une concurrence entre les salariés.

D'une promesse de prospérité, il a fallu que l'UE se rende à l'évidence que la liberté économique admise aux entreprises (et aux Etats) a engendré un certain nombre d'abus en matière sociale (Section 1). Au cœur de ces abus, s'est retrouvé le salarié détaché, profitant quant à lui de la libre circulation des travailleurs (Section 2).

Section 1 : Du marché unique à l'inévitable dumping social

Lors d'une interview au Journal des entreprises, Jacques Chanut, président de la fédération française du bâtiment, rappelle que s'agissant des « *travailleurs détachés, ce n'est pas la faute de l'Europe* »³². La tendance actuelle est effectivement de considérer l'Europe comme responsable de tous les malheurs des Etats. Le Brexit en est l'exemple par excellence, les britanniques ont jugé que le sort économique de la Grand-Bretagne sera mieux géré par eux-mêmes.

Pourtant la Grand-Bretagne, bien que difficilement convaincue par le projet à son origine, a comme les autres profité d'un certain nombre d'avantages liés au libre-échange.

L'élargissement de l'Europe est d'ailleurs une autre preuve de l'attrait que peut représenter l'adhésion d'un pays dans l'Union européenne.

L'Europe s'est construite pour maintenir la paix et quoi de mieux pour réunifier les Etats que de leur ouvrir les portes d'un considérable marché économique (I). A la libre circulation des travailleurs, il a aussi fallu mettre en œuvre une protection législative du travailleur (II).

I. L'Europe ou la construction d'un marché unique

Au lendemain de la deuxième guerre mondiale, la préoccupation des pays de l'Europe de l'ouest

³² « Travailliers détachés : ce n'est pas la faute de l'Europe », *Journal des entreprises*, propos recueillis par Simon Janvier, 1^{er} juin 2017

est de créer une entente dont l'objectif est de faire face aux menaces extérieures.

La paix entre les peuples³³ représente la finalité de la création européenne. L'évitement de tout nouveau conflit armé passe par la fusion des marchés nationaux et le développement des échanges entre les entreprises. En d'autres termes, la paix passe par l'économie.

Les Etats fondateurs inscriront dans le traité instituant la CEE que *"la communauté a pour mission, par l'établissement d'un marché commun et par le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats membres, de promouvoir un développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, une expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie, et des relations plus étroites entre les Etats qu'elle réunit"*³⁴.

A. LA LIBRE CIRCULATION DES TRAVAILLEURS AU SERVICE DE LA CONSTRUCTION ÉCONOMIQUE

C'est dans le Traité de Rome que seront posées les bases d'un droit économique communautaire propre à assurer la suppression des entraves à la réalisation d'un marché commun. Cela passe par quatre libertés fondamentales : libre circulation des marchandises, des services, des capitaux et des travailleurs. De plus on instaure des règles garantissant une concurrence loyale et non faussée entre les entreprises.

La libre circulation des travailleurs est l'un des fondements de l'Union européenne. Elle comprend les droits de déplacement et de séjour des travailleurs, les droits d'entrée et de séjour des membres de leur famille, et le droit d'exercer une activité professionnelle dans un autre État membre de l'Union et d'être traité sur un pied d'égalité avec les ressortissants de cet État membre³⁵.

³³ SCHMITT M., le droit du travail dans l'Union européenne, Larcier, 2012

³⁴ Article 2 CEE

³⁵ Ancien article 48 CEE : La libre circulation des travailleurs est assurée à l'intérieur de la Communauté au plus tard à l'expiration de la période de transition. Elle implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité,

L'extension du champ de la libre circulation aux opérateurs ainsi qu'aux citoyens non-actifs est une spécificité de l'intégration européenne : « *l'espace à unifier n'est pas seulement économique mais également social* ».

La libre circulation des travailleurs est inscrite à l'article 45 du traité FUE et constitue un droit fondamental des travailleurs. Elle implique l'abolition de toute discrimination fondée sur la nationalité entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

La libre circulation des travailleurs est régie par de nombreux articles³⁶ du traité sur l'Union européenne et le traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. On peut notamment citer la directive 2004/38/CE relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres ; le règlement (UE) n°492/2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union ; le règlement (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et son règlement d'application (CE) n°987/2009.

La jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne sert également à déterminer les conditions de cette libre circulation. Des restrictions à la libre circulation des travailleurs peuvent, cependant, être appliquées temporairement lors de l'adhésion d'un nouvel État à l'Union européenne³⁷.

Elle a pris une dimension plus large avec les accords de Schengen. Avec l'Acte unique de 1986, les États membres ont accepté, pour les décisions concernant le marché intérieur, le principe du vote à la majorité qualifiée plutôt qu'à l'unanimité, ce qui a permis d'accélérer le processus. Le marché intérieur "sans frontières" a ainsi officiellement débuté le 1er janvier 1993. Mais il

entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail.

³⁶ Article 3, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne (traité UE); article 4, paragraphe 2, point a), et articles 20, 26 et 45 à 48 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (traité FUE).

³⁷ Ce fut le cas jusqu'en 2011 pour les ressortissants entrés dans l'UE en 2004 [exceptés Chypre et Malte], cela a été le cas jusqu'au 31 décembre 2013 pour les ressortissants bulgares et roumains adhérents à l'UE en 2007 et enfin jusqu'au 30 juin 2015 pour la Croatie entrée le 1er juillet 2013. Ces périodes transitoires (max. 7 ans) restreignent le libre accès au marché du travail et imposent l'obtention d'une autorisation de travail.

paraissait difficilement envisageable de lever les obstacles à la libre circulation des marchandises et de laisser inchangées les restrictions à la libre circulation des personnes. Dans le cadre d'une coopération intergouvernementale, cinq Etats (Allemagne, Belgique, France, Luxembourg et Pays-Bas) ont signé les accords de Schengen (1985) et leur convention d'application (1990). Au sein de l'espace Schengen, les États signataires ont aboli leurs frontières internes pour une frontière extérieure unique où sont effectués les contrôles d'entrée selon des procédures identiques.

La libre circulation est perçue aujourd'hui comme la grande réalisation de la construction européenne par les Européens. 57% la cite comme le résultat le plus positif de l'Union européenne avant même la paix (55%)³⁸.

L'Union européenne est encore largement considérée comme une union économique et l'Europe sociale vue comme une « conséquence de l'Europe économique »³⁹.

B. D'UNE EUROPE « INDUSTRIALISÉE » À UNE INTÉGRATION ÉCONOMIQUE PLUS LARGE

Comme l'a écrit Jacques Rupnik⁴⁰, *"la logique à l'œuvre dans l'élargissement de l'Union européenne est la stabilisation de la périphérie par la promesse d'une appartenance future au centre. Cela s'est révélé extrêmement efficace dans les pays de l'Europe centrale et orientale"*⁴¹.

La construction européenne a réussi son objectif d'être productrice de paix. La poursuite de cet objectif de paix et de réconciliation donne tout son sens aux différents élargissements.

Les élargissements ont en effet été des vecteurs de réformes encourageant le développement et la stabilité dans les pays en transition. Selon Michel Foucher⁴², c'est par une *"logique de chaînage*

³⁸ Enquête Eurobaromètre Standard 83, Printemps 2015 - TNS opinion & social.

³⁹ CLEMENT M., « Europe(s) sociale(s): une longue marche? », *Esprit*, janvier 2009, p. 158

⁴⁰ Politologue français spécialiste des problématiques de l'Europe centrale et orientale

⁴¹ RUPNIK J., « La « nouvelle frontière » de l'Europe : quels confins pour une Europe élargie ? », in B. Geremek et R. Picht (dir.), *Visions d'Europe*, Odile Jacob, 2007, p. 310.

⁴² Géographe, diplomate et essayiste français

territorial" et un "*effet-frontière*" que l'élargissement est devenu l'outil le plus efficace de la sécurité et d'une paix durable entre les Etats qui décident de devenir membres de l'Union⁴³.

L'Union européenne est en passe de réaliser l'objectif initial de la construction européenne, en étendant l'espace de paix et de prospérité, ainsi que l'aire de sécurité qu'elle a créé aux pays d'Europe centrale, orientale, méditerranéenne et, à terme, balkanique.

Pourtant, alors que l'élargissement vers l'Espagne, le Portugal et la Grèce n'a pas semblé poser problème, l'élargissement vers l'Est a été source d'une crise identitaire et d'une remise en cause de la libre prestation de services et de la protection de ces travailleurs à bas coût.

Au cours des années quatre-vingt, la Communauté européenne connaît plusieurs changements importants. Après avoir été longtemps limitée au cadre géographique des pays industrialisés du Nord de l'Europe, elle s'étend aux pays du Sud désormais dotés de régimes démocratiques. En 1981, la Grèce devient le dixième membre de l'UE, puis vient le tour de l'Espagne et du Portugal cinq ans plus tard. Elle contribue ainsi à la stabilisation politique et au développement économique de l'Europe méditerranéenne. Mais l'élargissement entraîne aussi l'accroissement des disparités régionales des Douze, rendant toujours plus nécessaire une politique régionale commune. En effet, des obstacles économiques et sociaux importants se dressent encore sur le chemin de l'intégration de ces pays, fortement agricoles, dans l'ensemble communautaire très industrialisé.

Le 9 novembre 1989 marque un grand bouleversement politique avec la chute du mur de Berlin et l'ouverture, pour la première fois depuis 28 ans, de la frontière entre l'Allemagne de l'Ouest et l'Allemagne de l'Est, bientôt réunifiées. La chute du mur symbolise également l'effondrement du communisme en Europe centrale et orientale, Pologne et Hongrie en tête. Confronté à un exode

⁴³ CHOPIN T., « L'Union européenne en quête de sens. Quelles finalités pour l'Europe ? », Fondation Robert Schuman, Questions d'Europe n°100, 26 mai 2008

massif de sa population vers l'Ouest, le gouvernement est-allemand ouvre ses frontières. L'Allemagne est réunifiée après plus de 40 ans, et sa partie orientale rejoint la CEE en octobre 1990.

Pour l'Union européenne, le défi de l'élargissement ne se réduit pas à sa dimension institutionnelle et économique. A la différence des adhésions précédentes, celles de 2004 et 2007 se sont accompagnées d'interrogations identitaires qui ont surgi au sein de certaines opinions publiques, en France et aux Pays-Bas, mais aussi en Allemagne ou encore en Autriche. D'un côté, cette « crise d'identité » trouve son origine non seulement dans le sentiment d'une extension apparemment indéfinie qui caractériserait une « Europe sans rivages » ne parvenant pas à prendre au sérieux la question, pourtant incontournable, du territoire. De l'autre, la chute du mur de Berlin et la rupture géopolitique alors introduite fait apparaître un élément inédit : le contact avec la périphérie du continent européen où un travail de clarification des limites territoriales de l'Union s'impose.

Après la chute du mur de Berlin et l'effondrement de l'Union soviétique, certains annonçaient la fin des frontières⁴⁴.

Le début des années 90 marque une implosion des pays du bloc de l'Est et c'est la question du réaménagement politique, économique et militaire du continent européen qui se trouve rapidement soulevée. Les pays de l'Est souhaitent un projet ambitieux pour leurs pays. Il n'est plus question d'idéologie. Les pays de l'Est souhaitent donc un retour vers l'Europe et les demandes d'adhésions se multiplient.

Mais l'Union européenne, investie de cette mission historique, doit aussi s'ingénier à offrir à ces États une perspective, des moyens et une méthode pour leur ouvrir son espace de paix et de

⁴⁴ Châtelot C., Le Monde, Entretien Michel Foucher : « On assiste à la réaffirmation des frontières, qui n'avaient jamais disparu », 31 mars 2017

prospérité. La fin du rideau de fer ouvre aussi la voie à une réunification de l'Allemagne puis de l'Europe toute entière. C'est en juin 1993, lors du Conseil européen de Copenhague, qu'est officiellement lancé le processus d'élargissement de l'Union européenne, unique dans son histoire en raison du nombre de pays candidats et de l'importance de leur population. Les structures européennes doivent également s'élargir et se transformer pour mieux s'adapter à la nouvelle donne géopolitique à l'Est, que ce soit la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE), le Conseil de l'Europe ou encore l'Union de l'Europe occidentale (UEO).

L'espace social européen élargi suppose que des solutions soient trouvées dans toute une série de domaines sensibles : protection sociale, marché du travail, politique communautaire du droit d'asile et d'immigration, droits des minorités.

II. Nécessité d'un droit du travail européen régissant la libre circulation des travailleurs

Avec l'élargissement de l'Europe voilà toute une population de travailleurs qui arrivent sur le marché du travail. La libre circulation des travailleurs est un droit que l'UE garantit. Mais cette liberté de circulation démontre la nécessité de mettre en œuvre un droit du travail garantissant aux travailleurs une protection dans les différentes situations de travail.

Le droit du travail est instrument au service du projet économique européen et il est au départ de la compétence des Etats. Dès 1957, à travers le traité de Rome, les Etats posent les bases des conditions d'une création et d'une utilisation croissante du droit du travail communautaire. Le traité CEE admet une compétence normative générale permettant l'adoption de "*directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement et le fonctionnement du marché commun*"⁴⁵.

Les réformes successives des traités ont renforcé la place du droit du travail et ont conduit à une intervention croissante des institutions de l'Union dans cette matière. Le droit du travail devient

⁴⁵ Article 100 traité CEE

un véritable vecteur de progrès social. Pour autant le droit du travail n'est pas véritablement autonome et se greffe à la logique initiale qu'est l'objectif économique prioritaire. Il y a donc convergence entre objectif économique et objectif social.

Le droit du travail remplit initialement une fonction instrumentale consistant à contribuer à la réalisation du marché commun. Les Etats s'engagent dans la réalisation d'objectifs sociaux comme la « *nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'oeuvre permettant leur égalisation dans le progrès* »⁴⁶.

La convergence entre un objectif économique et un objectif social veut que l'on associe alors le droit des travailleurs au droit des entreprises. Le marché unique implique en effet également une liberté d'établissement des entreprises dans les Etats membres de l'UE et une liberté de fournir des prestations dans l'ensemble de ces Etats.

Ceci est un principe fondamental et une entreprise peut donc choisir de s'établir dans n'importe quel pays de l'UE en fonction des avantages qu'offre la législation de cet Etat. Cela a cependant comme conséquence d'imposer aux employeurs la législation du droit du travail du pays d'établissement aux salariés de l'entreprise.

S'agissant du bénéfice de la libre prestation de services, elle permet à une entreprise de fournir des services dans un autre Etat que celui dans lequel elle est établit. L'opération est ainsi profitable s'il y a un maintien de la législation du pays d'établissement lorsque la législation s'avère moins coûteuse que dans le pays où elle exécute la prestation.

Selon l'article 57 alinéa 1 du FUE la notion de services englobe « *les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes* ».

C'est dans ce cadre de la libre prestation de services que se pose la question du détachement de salariés. Le salarié détaché est le salarié que l'employeur met à disposition d'une autre entreprise,

⁴⁶ Article 117§1 CEE, article 151 §1 FUE

sous l'autorité de laquelle il exécutera des travaux, et sans que son contrat de travail avec son entreprise d'origine soit rompu. La problématique du détachement se situe sur l'équilibre entre la libre prestation de services et la dimension sociale. Le détachement sous-entend autant la protection des salariés détachés que la protection des entreprises dans le bénéfice de la libre prestation de services.

Dès lors, il faut tenir compte des travailleurs de l'Etat d'accueil qui subissent une concurrence. Les travailleurs détachés moins coûteux pourront leur être préférés⁴⁷. La réalisation du marché intérieur ne doit pas ouvrir la voie à un dumping social qui conduirait à une mise en concurrence des droits du travail nationaux et in fine à une régression du niveau de protection des travailleurs. Il faut préciser que les règles de la liberté de circulation des travailleurs ne s'appliquent pas aux travailleurs détachés, qui ne se prévalent pas à titre personnel de leurs droits à la libre circulation : ce sont leurs employeurs qui utilisent leur droit à la libre prestation de services afin d'envoyer des travailleurs à l'étranger à titre temporaire.

Le dumping social se manifeste lorsqu'il existe une différence dans la législation sociale des Etats et cela indépendamment du niveau de développement économique comparable ou non⁴⁸.

Le risque de dumping social a été au cœur des préoccupations depuis la volonté de créer un marché intérieur.

Section 2 : Le détachement de travailleurs au cœur du dumping social

Le Traité de Rome instituant la Communauté Economique Européenne ne prévoit que peu de dispositions relatives aux droits sociaux. Il ne contient que deux chapitres soit douze articles sur un total de 248. Le droit social n'était en effet pas au cœur des préoccupations d'harmonisation des législations. Les Etats ne voulaient pas déléguer à la CEE la compétence sociale. Il existait

⁴⁷ CJUE 10 février 2011 Vicoplus SC PUH C-307/09 à C-309/09

⁴⁸ DEFOSSEZ A., *Le dumping social dans l'Union européenne*, Larcier, 2014

une volonté de conserver une souveraineté nationale dans cette matière.

Pour autant, les Etats fondateurs se sont mis d'accord pour que « *les Etats membres conviennent de la nécessité de promouvoir l'amélioration des conditions de vie et de travail de la main d'œuvre permettant leur égalisation dans le progrès* ».

Cependant cette zone de libre-échange⁴⁹ instituée par le Traité a de nombreuses conséquences sur l'emploi et les salaires des travailleurs. Ces effets sont démontrés par la théorie de Stolper-Samuelson. Selon cette théorie, l'ouverture des marchés à la concurrence internationale pousse à l'égalisation de la rémunération des différents facteurs de production identiques dans les Etats concernés. La conséquence se fait alors sentir sur les salaires des travailleurs les moins qualifiés. En pratique, lorsqu'un pays riche commerce avec un pays pauvre, la rémunération des travailleurs peu qualifiés va tendre à s'aligner avec celle des travailleurs peu qualifiés du pays pauvre et dès lors diminuer dans le pays riche et augmenter dans les pays pauvres⁵⁰.

Ces problématiques liées à la rémunération des salariés et par conséquent le « jeu » économique salarial dans lequel les pays pourraient se lancer sous couvert du libre-échange font l'objet d'une inquiétude des Etats membres. On commande alors un rapport permettant de comprendre les relations entre droits sociaux et intégration économique au sein du marché commun européen (I). Face à l'afflux de salariés étrangers en « détachement », l'UE a dû définir les bases juridiques sur lesquelles reposaient le droit de ces travailleurs (II).

I. La difficile conciliation entre marché commun et droits sociaux

Même si les Etats ont confiance au principe du libre-échange en ce qu'il produira les conditions

⁴⁹ Vocabulaire juridique Cornu : Zone formée par des Etats entre lesquels existe la libre circulation des marchandises dans leurs échanges réciproques.

⁵⁰ DEFOSSEZ A, *le dumping social dans l'UE*, p. 82

de la prospérité globale de l'Europe, les inquiétudes quant au dumping social apparaissent effectivement dès les années 50 et sont mentionnées dans les rapports Ohlin et Spaak. Le rapport Ohlin⁵¹ est un document commandé consécutivement à la 1^{ère} conférence régionale européenne de l'OIT en 1955 : l'intérêt de ce rapport est de comprendre les relations entre droits sociaux et intégration économique au sein du marché commun européen.

Les conclusions du rapport Ohlin penchent en faveur d'une liberté économique. Les effets du libre-échange semblent globalement positifs et se traduisent par des gains de productivité et de bien-être général.

Comme nous l'avons précisé, la question de la différence salariale entre les différents Etats membres a été une préoccupation : *« il existe un sentiment diffus selon lequel une coopération économique renforcée en Europe ne devrait pas autoriser l'exposition de certaines industries à une concurrence artificielle de l'étranger et que la concurrence menée par des pays connaissent des standards sociaux plus faibles est injuste »*.

La question de la différence salariale dans le rapport part d'un constat : *« les divergences salariales sont compensées en grande partie par les divergences de productivité »*⁵². A l'époque du rapport on avance que les pays du Sud ne seraient pas avantagés par le libre-échange. Les flux de capitaux pourraient en effet se concentrer sur les pays du Nord de l'Europe (les pays déjà industrialisés) ce qui rendrait inefficaces les structures productives des pays du sud. Donc ceci représente un désavantage dans la concurrence internationale.

Le termes du rapport Ohlin ne préconisent pas le développement d'une politique sociale européenne. La préférence va plutôt vers la théorie de la *« convergence »* qui constitue un effet positif du commerce international sur les disparités économiques et sociales entre Etats.

Malgré tout, le rapport intègre dans ses conclusions une place importante à l'action syndicale dans la préservation des différents modèles sociaux nationaux.

⁵¹ International Labour Organization, Social Aspects of European Economic Co-operation. Report by a group of experts

⁵² Rapport Ohlin page 34

Le terme de « dumping social » n'apparaît pas textuellement dans le rapport mais l'idée que l'on se fait du dumping social est présente. Le dumping social se caractérise par une définition complexe. Il est le résultat des divergences dans le droit social national qui existent entre les Etats. Il paraît en effet logique de se dire que s'il n'existait aucune disparité entre les Etats, la question du dumping social ne se poserait pas.

On peut aujourd'hui poser le constat que les écarts des coûts de la main d'œuvre en Europe se sont creusés depuis les élargissements de 2004, 2007 et 2013. La moyenne du coût horaire dans l'Europe des 15 (c'est-à-dire avant 2004) est supérieure à la moyenne des coûts de l'UE.

Le processus de ratification du traité de Lisbonne a donné lieu à de nombreux débats notamment sur la question de la concurrence déloyale des pays de l'Est. En France on rejette le Traité. Une enquête Eurobaromètre intitulée « la Constitution européenne : Post-référendum France » montre que le non l'a emporté notamment à cause des questions sociales : la Constitution aurait des conséquences négatives sur l'emploi alors que le chômage est déjà une préoccupation. 16% sont également enclin à penser que la Constitution européenne ne démontre pas la volonté de créer une véritable Europe sociale.

La crainte d'un dumping social en Europe a aussi focalisé l'attention sur l'impact de la libre circulation. Elle s'est exprimée à travers le constat des différences de coût du travail. Le coût horaire moyen de la main-d'œuvre était estimé à 25,03 € en 2015 et à 29,5 € dans la zone euro. Mais cette moyenne ne rend pas compte des différences significatives entre Etats membres, le coût horaire moyen variant de 4,08 (Bulgarie) à 41,31 € (Danemark)⁵³.

La question du dumping social fait régulièrement surface dans le débat médiatique en lien avec la construction européenne. On peut notamment citer l'exemple en 2009 d'une société italienne, ayant remporté un marché public en Grande-Bretagne, qui souhaitait faire appel à des salariés détachés (italiens et portugais) plutôt qu'à des salariés locaux. Cette affaire suscite un grand débat

⁵³ Fondation Robert Schuman, « la libre circulation des personnes : principe, enjeux et défis », Question d'Europe n°419, 30 janvier 2017

médiatique et sous la pression, la société italienne a décidé de réserver un certain nombre d'emplois aux salariés locaux.

La libre circulation s'est développée en lien étroit avec la construction du marché intérieur. Or la dynamique de cette construction s'est progressivement affaiblie. Dans son rapport de mai 2010⁵⁴, Mario Monti soulignait notamment l'érosion du soutien politique et social en faveur de l'intégration des marchés en Europe. Une enquête Eurobaromètre⁵⁵ montrait que 62% des Européens avaient le sentiment que le marché unique ne profitait qu'aux grandes entreprises ; 51% qu'il détériorait les conditions de travail et 53% qu'il présentait peu d'avantages pour les personnes défavorisées. Selon le rapport Monti, le cadre juridique pour la libre circulation des personnes restait imparfait.

Le dumping social s'étant focalisé sur les l'enjeu économique des travailleurs détachés, la jurisprudence a du s'appuyer sur les dispositifs législatifs existants. La question est donc de savoir quelle est la législation applicable à ces travailleurs détachés.

II. Le détachement au regard des Traités

Le Traité de Rome établissant la Communauté Economique Européenne contient peu de dispositions sociales et la question du travailleur détaché s'est cristallisée sur la notion de libre prestation de services.

La libre prestation de services est inscrite à l'article 49 du traité instituant la Communauté européenne. Cet article a permis le développement des interventions d'entreprises étrangères et de leurs salariés sur le sol français. La libre prestation de service constitue un des principes fondamentaux de l'Union Européenne. L'article 49 CEE prévoit que « *dans le cadre des*

⁵⁴ Mario Monti : Une nouvelle stratégie pour le marché unique, au service de l'économie et de la société européennes, Rapport au président de la Commission européenne, 9 mai 2010.

⁵⁵ Marché intérieur : conscience, perceptions et impact, Enquête Eurobaromètre spécial 363, novembre 2011 - TNS opinion et social.

dispositions ci-après, les restrictions à la libre prestation des services à l'intérieur de la Communauté sont progressivement supprimées au cours de la période de transition à l'égard des ressortissants des États membres établis dans un pays de la Communauté autre que celui du destinataire de la prestation. Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut étendre le bénéfice des dispositions du présent chapitre aux prestataires de services ressortissant d'un État tiers et établis à l'intérieur de la Communauté ».

La libre prestation de services exige non seulement l'élimination de toute discrimination en raison de la nationalité mais également la suppression des restrictions, même appliquées sans discrimination, de nature à prohiber ou gêner les activités d'un prestataire légalement établi dans un autre Etat membre.

La Cour de justice considère qu'une restriction de cette liberté ne saurait être admise que : si elle poursuit un objectif légitime compatible avec le traité, et si elle se justifie par des raisons impérieuses d'intérêt général, dans la mesure où les travailleurs ne jouissent pas déjà d'une protection équivalente dans l'Etat membre où est établi leur employeur (principe d'équivalence), et à la condition que cette restriction soit propre à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et n'aille pas au-delà de ce qui est nécessaire (principe de proportionnalité)⁵⁶.

Le traité va également définir la prestation de services à l'article 60 : *« Au sens du présent traité sont considérées comme services les prestations fournies normalement contre rémunération, dans la mesure où elles ne sont pas régies par les dispositions relatives à la libre circulation des marchandises, des capitaux et des personnes.*

Les services comprennent notamment : a) des activités de caractère industriel ; b) des activités de caractère commercial ; c) des activités artisanales ; d) les activités des professions libérales.

Sans préjudice des dispositions du chapitre relatif au droit d'établissement, le prestataire peut, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays où la

⁵⁶ 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, COM/2012/0130 final -2012/0064 (APP), <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX%3A52012PC0130>

prestation est fournie, dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants ».

S'agissant de la relation de travail, il s'agit également de faire référence à la Convention de Rome du 19 juin 1980 relative à la loi applicable aux obligations contractuelles et entrée en vigueur le 1^{er} avril 1991. La Convention renvoie aux règles de droit international privé qui consiste à déterminer quelle est la loi applicable qui va régir les relations transnationales y compris les relations de travail.

L'article 6 prévoit que « (...) *dans le contrat de travail, le choix par les parties de la loi applicable ne peut avoir pour résultat de priver le travailleur de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi qui serait applicable, à défaut de choix, (...)* »⁵⁷. Dans l'éventualité où les parties n'auraient pas déterminé de choix relativement à la loi applicable, la ce même article précise que « *le contrat de travail est régi : par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays (...)* »⁵⁸.

Le règlement Rome I⁵⁹ a repris les dispositions de la Convention de Rome du 19 juillet 1980. Le règlement Rome I⁶⁰ qui va se substituer à la Convention de Rome reprendra dans ces termes les dispositions relatives aux choix des parties *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*.

Les développements précédents faisaient état du lien (quasiment indissociable) entre le travailleur détaché et la prestation de services. Mais quelle loi est applicable lorsque le détachement s'effectue hors de toute prestation de services ? C'est ici l'application de l'article 6 §2 de la convention de Rome qui prévoit les règles de conflit applicables à défaut de choix et selon lequel il faut prendre en compte le critère du lieu d'exécution habituelle du travail qui est applicable

⁵⁷ Article 6 §1

⁵⁸ Article 6 §2

⁵⁹ Règlement CE n° 593-2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 qui se substitue à la Convention de Rome

⁶⁰ Application du Règlement Rome I aux contrats conclus après le 17 décembre 2009

même si le travailleur est détaché à titre temporaire dans un autre pays⁶¹. *« En résumé, lorsqu'un détachement s'effectue dans le cadre communautaire, à titre temporaire, la loi applicable est la loi du lieu d'exécution habituelle du contrat ».*

La jurisprudence reprend clairement cette règle et notamment la jurisprudence française⁶² : En l'espèce un cycliste est engagé par la ville de Charleroi pour rejoindre l'équipe Home Market de Charleroi selon un contrat de travail à durée déterminée. Le contrat a été rompu par l'employeur et le salarié a saisi la juridiction prud'homale aux fins d'obtenir la condamnation de l'employeur au paiement d'une somme au titre du salaire restant dû jusqu'à la fin du contrat. La ville de Charleroi a soulevé l'incompétence de la juridiction française sur le fondement de la Convention de Bruxelles. Les juges du fond avaient relevé que les parties n'avaient pas choisi de loi pour régir leur rapport et que l'activité habituelle du coureur cycliste s'exerçait en France. Les juges en avaient alors conclu qu'*« il résulte de l'article 6-2 de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, qu'à défaut de choix d'une loi exercé par les parties, le contrat de travail est régi par la loi du pays où le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail, même s'il est détaché à titre temporaire dans un autre pays ».*

D'autres arrêts, comme celui du 18 janvier 2011⁶³, ont appliqué les dispositions du Règlement Rome I à une relation de travail. En l'espèce un salarié détaché par une entreprise établie en Grande-Bretagne pour être mis temporairement à la disposition d'une société qui exerçait son activité en France n'accomplissait pas habituellement son travail en France. Par conséquent, les juges avaient rejeté la compétence de la loi française.

Le cas des salariés des transports aériens a également été l'occasion de faire valoir l'application du règlement Rome I. Dans un arrêt du 11 avril 2012, la Cour de cassation fait valoir la

⁶¹ PIZZIO-DELAPORTE C., « La situation du salarié mobile dans le groupe de dimension communautaire », *Droit social*, 1994, p. 914

⁶² Soc. 3 décembre 2008, n°06-45.117

⁶³ Soc. 18 janvier 2011, n°09-43.190

législation française aux pilotes ayant une activité professionnelle dans un aéroport français. Les juges ont déterminé que cet aéroport constituait la base à partir de laquelle les salariés commençaient et terminaient leurs prestations de travail, peu important que des cycles de rotations les conduisent dans différents pays du globe.

La jurisprudence française a beaucoup fait appel au Règlement Rome I tandis que la Cour de justice de l'UE a quant à elle mis en évidence l'application de la réglementation visant la prestation de services et par voie de conséquence les salariés y étant attaché.

Dans l'attente d'une législation spécifique au salarié détaché, on doit à la jurisprudence communautaire les principales délimitations du droit de ces travailleurs par rapport à la libre prestation de services.

Section 3 : La jurisprudence fondatrice antérieure à la Directive

La CJCE n'a pas attendu l'adoption de la directive détachement pour se prononcer sur le droit du travail applicable à un salarié détaché. Elle a établi que le fait pour un employeur établi au sein de l'UE de détacher un salarié dans un autre Etat membre constitue l'expression de la liberté de circulation consacrée par le traité de Rome et dont la Cour assure l'effectivité.

L'article 51 du Traité prévoyait « *l'adoption par le Conseil (...) des mesures nécessaires à la libre circulation des travailleurs en matière de sécurité sociale. Le but ces mesures est de permettre la mobilité de la main-d'œuvre, tout en laissant au travailleur le bénéfice d'avantages reconnus par le droit national* ». C'est ainsi que le Règlement CEE n° 1408/71 du Conseil du 14 juin 1971 relatif à l'application du régime de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté⁶⁴ a vu le jour. Lorsqu'il s'agit d'appliquer et d'interpréter ce règlement, il est essentiel de se référer aux objectifs fondamentaux des articles 48 à 51 du Traité de Rome. La Cour de Justice a en effet décidé que « *l'établissement*

⁶⁴ JOCE, 1972, L74

d'une liberté aussi complète que possible de circulation des travailleurs, s'inscrivant dans les fondements de la Communauté, constitue le but principal de l'article 51 et, de ce fait, conditionne l'interprétation des règlements pris en application de cet article ». La notion de travailleur détaché, dans le cadre de la sécurité sociale, a été façonnée par la CJUE précisément en 1964⁶⁵. La Cour relève que la notion de travailleur relève du droit communautaire et pas du droit national.

C'est durant les années 80 que la Cour de justice va poser les principes généraux du détachement. Sur le fondement du traité CEE, la Cour pose trois principes fondamentaux que sont l'égalité des prestataires⁶⁶, l'interdiction de mesures restrictives⁶⁷ et enfin la possibilité de contrôle⁶⁸.

Au début des années 80, deux arrêts vont permettre à la Cour de poser les bases du régime juridique du détachement de travailleurs dans la CEE. Les obligations pouvant être imposées aux prestataires étrangers⁶⁹ sont au cœur des questions transmises à la Cour⁷⁰.

Dans l'arrêt Webb⁷¹, la Cour relève que *« la mise à disposition de main d'œuvre constitue un domaine particulièrement sensible du point de vue professionnel et social. En raison de la nature particulière des liens de travail inhérents à ce type d'activité, l'exercice de celle-ci affecte directement tant les relations sur le marché de l'emploi que les intérêts légitimes des travailleurs concernés »*.

⁶⁵ CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, 75/63

⁶⁶ « la libre prestation des services prévue par l'article (49) du traité implique (...) que le prestataire puisse, pour l'exécution de sa prestation, exercer, à titre temporaire, son activité dans le pays (d'accueil) dans les mêmes conditions que celles que ce pays impose à ses propres ressortissants »

⁶⁷ L'Etat d'accueil (sur le territoire duquel les travaux doivent être réalisés) « ne saurait imposer des conditions restrictives au prestataire de services (comme une condition d'embauche sur place ou une obligation d'autorisation de travail) »

⁶⁸ « Un Etat membre peut vérifier que sous couvert d'une prestation de services, l'entreprise ne tourne pas les dispositions des traités » (CE et adhésion).

⁶⁹ Détention d'une licence ou application d'un salaire minimal

⁷⁰ SCHMITT M., Droit du travail de l'Union européenne, Larcier, 2012, p 164

⁷¹ CJCE, 17 décembre 1981, *Webb*, C 279/80

En l'espèce un ressortissant britannique est directeur d'une société britannique dont l'activité réside dans l'envoi de personnel technique aux Pays-Bas. Le personnel envoyé aux Pays-Bas est recruté par la société britannique et mis à disposition, contre rémunération, d'entreprises situées aux Pays-Bas pour une période déterminée. Le personnel reste donc sous contrat avec la société britannique. Cependant la législation néerlandaise soumet la mise à disposition de main d'œuvre à un régime de licence⁷² ce qui permet aux Pays-Bas d'interdire la mise à disposition de main d'œuvre si aucune licence n'a été délivrée à l'entreprise d'envoi des salariés. La société britannique concernée n'a pas de licence néerlandaise. Le directeur de la société britannique fait valoir une entrave à la libre prestation de services. A cela, la Cour va se prononcer et venir préciser que la notion de « services », qui figure à l'article 60 du traité CEE, comprend la mise à disposition de main-d'œuvre au sens de la loi néerlandaise. Par ailleurs, la Cour indique que *« l'article 59 ne fait pas obstacle à ce qu'un Etat membre, qui soumet les entreprises de mise à disposition de main-d'œuvre à autorisation, oblige un prestataire de services établi dans un autre Etat membre et exerçant une telle activité sur son territoire, à se conformer à cette condition, même s'il est titulaire d'une autorisation délivrée par l'Etat d'établissement, sous réserve toutefois, d'une part, que l'Etat membre destinataire de la prestation ne fasse dans l'examen des demandes d'autorisation et dans l'octroi de celles-ci aucune distinction en raison de la nationalité ou du lieu d'établissement du prestataire, et, d'autre part, qu'il tienne compte des justifications et garanties déjà présentées par le prestataire pour l'exercice de son activité dans l'Etat membre d'établissement »*.

On le voit avec l'arrêt Webb, le terme pour lequel il est demandé à la Cour de se prononcer se concentre sur la mise à disposition de personnel et non sur le détachement de travailleur. Ce n'est qu'à partir de l'arrêt Seco⁷³ que la Cour va parler de salarié détaché.

En l'espèce, deux sociétés françaises ont obtenu un contrat d'entretien de voies de chemin de fer sur le territoire du Grand-Duché du Luxembourg. Afin d'effectuer leurs prestations, les entreprises avaient détaché des salariés au Luxembourg. Ces travailleurs disposaient donc de

⁷² Article 1^{er} paragraphe 1, alinéa b) de Loi sur la mise à disposition de main d'œuvre du 31 juillet 1965, telle que modifiée par la loi du 30 juin 1967

⁷³ CJCE, 3 février 1982, *Seco et Desquenne & Giral*, C 62/81 et C 63/81

contrats en règle avec les entreprises françaises mais effectuaient une prestation sur un territoire non-européen. S'agissant de travailleurs étrangers, l'administration luxembourgeoise prévoyait la perception de cotisations sociales qui étaient dues à part égale par l'employeur étranger et son salarié. Le salarié pouvait en être cependant exonéré considérant le caractère temporaire de sa présence sur le territoire mais l'employeur ne pouvait s'y soustraire. Les employeurs français ont donc contesté le paiement de ces cotisations supplémentaires, qui n'ouvraient pas pour les salariés à des droits supplémentaires. La jurisprudence européenne va ici mettre en avant trois éléments déterminants quant à la future construction juridique du statut de salarié détaché.

Tout d'abord la Cour va rattacher le salarié détaché à la prestation de services et aborder la notion de l'entrave à la prestation de services. La Cour considère qu'il s'agit dans le cas d'espèce d'une entrave à la libre prestation de services et précise que *« le droit communautaire fait obstacle à ce qu'un Etat membre oblige un employeur, établi dans un autre Etat membre et exécutant temporairement, par le moyen de travailleurs ressortissants de pays tiers, des travaux dans le premier Etat à verser la part patronale des cotisations de sécurité sociale du chef de ces travailleurs, alors que cet employeur est déjà redevable de cotisations comparables du chef des mêmes travailleurs et pour les mêmes périodes d'activité, en vertu de la législation de son Etat d'établissement, et que les cotisations versées dans l'Etat où s'effectue cette prestation n'ouvrent droit à aucun avantage social pour ces travailleurs. Une telle obligation ne serait pas non plus justifiée au cas où elle aurait pour objet de compenser les avantages économiques que l'employeur aurait pu tirer de l'inobservation de la réglementation en matière de salaire social minimum de l'Etat où s'effectue la prestation »*.

La Cour va ensuite considérer cette entrave comme une discrimination. Elle a rappelé que *« les articles 59 et 60 (...) comportent l'élimination de toutes discriminations à l'encontre du prestataire de services en raison de sa nationalité ou de la circonstance qu'il est établi dans un Etat membre autre que celui où la prestation doit être fournie. Ce faisant, ils prohibent non seulement les discriminations ouvertes fondées sur la nationalité du prestataire mais encore toutes formes dissimulées de discrimination qui, bien que fondées sur des critères en apparence neutres, aboutissent en fait au même résultat »*. Devait alors s'appliquer le principe fondamental de non-discrimination.

Enfin, et c'est là un sujet sensible et particulièrement pour le salarié détaché, la Cour va s'attacher à rappeler la réglementation en vigueur s'agissant du salaire minimal en vigueur pour le salarié détaché. Ainsi « *le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les Etats membres étendent leur législation ou les conventions collectives du travail conclues par les partenaires sociaux, relatives aux salaires minimaux, à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur leur territoire, quel que soit le pays d'établissement de l'employeur* ». Mais elle poursuit en mettant à cette « faveur » salariale une limite en indiquant que cette législation ne peut s'imposer que par des moyens appropriés et qu'en l'espèce imposer « *de façon générale une charge sociale ou para-sociale, restrictive de la libre prestation de services, à tous les prestataires établis dans un autre Etat membre (...), qu'ils aient ou non respecté la réglementation en matière de salaire social minimal de l'Etat membre où s'effectue la prestation* » ne constitue pas une mesure appropriée. Cette mesure ne permettrait pas de faire respecter cette réglementation par les employeurs⁷⁴ et ainsi profiter aux salariés concernés. Selon le Luxembourg cette attitude des sociétés françaises sont source de dumping social puisque les salariés détachés échappent à la réglementation luxembourgeoise alors que les salariés locaux non⁷⁵.

Ces deux précédents arrêts marquent le début de la prise en compte du salarié détaché associé à la libre prestation de services mais l'arrêt fondateur arrivera dix années plus tard avec l'affaire Rush Portuguesa⁷⁶. Etait en cause l'activité d'une société portugaise sur le territoire français. La société Rush Portuguesa avait conclu un contrat de sous-traitance avec une entreprise française en vue de l'exécution de travaux pour la construction d'une ligne ferroviaire en France. Les salariés portugais avaient été détachés sur le territoire français aux fins de la prestation. Or, le Code du travail français prévoyait à l'époque que seul l'Office national d'immigration disposait du droit

⁷⁴ Le Luxembourg considérait que le paiement de ces « cotisations » était une compensation pour les avantages que les sociétés françaises tiraient de l'inobservation de certaines lois luxembourgeoises, notamment celles relatives au salaire minimal.

⁷⁵ A. DEFOSSEZ, Le dumping social dans l'Union européenne, Larcier, 2014, p. 182

⁷⁶ CJCE, 27 mars 1990, Rush Portuguesa, C-113/89

de recruter en France des nationaux de pays tiers. A donc été réclamé à la société portugaise une contribution spéciale assimilée à une amende.

A la question de savoir si la France pouvait faire obstacle à la venue du personnel portugais pour exécuter la prestation sur son territoire, la Cour rappelle les articles 59 et 60 du traité CEE et précise « *qu'une entreprise établie au Portugal qui fournit des prestations de services dans le secteur de la construction et des travaux publics dans un autre État membre peut se déplacer avec son propre personnel qu'elle fait venir du Portugal pour la durée des travaux concernés. Dans un tel cas, les autorités de l'État membre sur le territoire duquel les travaux doivent être réalisés ne sauraient imposer des conditions au prestataire de services qui concernent l'embauche de main-d'œuvre sur place ou l'obtention d'une autorisation de travail pour le personnel portugais* ».

Cet arrêt confirme et étend la jurisprudence *Seco* concernant le rattachement du détachement de travailleurs à la libre prestation de services. Le détachement de travailleurs relève bien de la libre prestation de services et non de la libre circulation des travailleurs. La jurisprudence revendique alors que la libre prestation de services implique une interdiction des entraves discriminatoires imposées aux employeurs ainsi qu'une interdiction des entraves imposées au déplacement de travailleurs dans le cadre d'un détachement. La Cour reconnaît comme dans les précédents arrêts que la libre prestation de services est un droit reconnu par le droit communautaire mais elle admet néanmoins que cette liberté peut être utilisée comme un outil de dumping social.

Afin de préciser les contours des arrêts *Seco* et *Rush Portuguesa*, le terme d'entrave a été utilisé ici mais la Cour n'utilisera en fait ce terme qu'à partir de l'arrêt *Vander Elst*⁷⁷. Le litige en cause portait cette fois sur une autorisation de travail. Il est en effet précisé au point 9 qu'« *à l'appui de son recours, le demandeur a notamment fait valoir que les dispositions litigieuses du code du travail français constituaient une entrave à la libre prestation de services, incompatible avec les articles 59 et suivants du traité* ».

Selon Alexandre Défossez, « *c'est dans le domaine du détachement des travailleurs que l'exception de lutte contre le dumping social s'est vu reconnaître le statut de raison objective*

⁷⁷ CJCE, 9 août 1994, *Vander Elst*, C-43/93

permettant de justifier une entrave aux libertés de circulation ». L'Union européenne comme les Etats sont conscients de la problématique qui s'ouvre à eux. Il va leur falloir mettre en œuvre un dispositif permettant de garantir aux entreprises une libre prestation de services mais également garantir aux travailleurs dont l'existence terminologique est induite par libre prestation de services un socle de protection sociale.

Chapitre 2 : La lutte contre le dumping social au travers du salarié détaché

Tous les travailleurs européens ne disposent pas du même niveau de protection. Face à une concurrence économique de plus en plus rude, les entreprises peuvent être tentées de réduire les coûts de leur main-d'œuvre, en ayant par exemple recours au dumping social. Les entreprises essaient souvent de minimiser leurs dépenses, y compris celles liées à la main-d'œuvre. Le dumping social leur permet d'y arriver à travers des pratiques souvent illégales et abusives.

Aujourd'hui la France est le deuxième pays, après l'Allemagne, à accueillir le plus de travailleurs détachés et surtout les chiffres ont explosé. Plus de 286.000 travailleurs détachés ont été déclarés en 2015 soit une hausse de 25% par rapport à 2014.

A la fin des années 80, l'UE entame un processus d'élargissement mais elle craint l'arrivée de salariés détachés issus de pays où le coût du travail est inférieur à celui des Etats fondateurs.

Sans vouloir harmoniser les législations de cette future Europe, la décision est prise, après de longues années de négociations, d'adopter une directive définissant les termes du détachement et les obligations inhérentes à l'emploi des salariés détachés (Section 1). La directive détachement comme la jurisprudence européenne ont mis en concurrence le droit des travailleurs et la liberté de prestation de services (Section 2). Le droit des travailleurs face à la liberté de prestation de services ont conduit à de nombreux abus que ce soit de la part des entreprises pour réduire leurs coûts ou que ce soit consécutif à une mauvaise transposition de la directive (Section 3).

Section 1 : La mise en oeuvre de la Directive 96/71/CE

Dans la perspective d'encourager l'exercice de la liberté de prestations de services dans un cadre bien défini, de garantir une concurrence loyale entre les entreprises et de mieux protéger les travailleurs, les États membres de l'Union et le Parlement européen ont travaillé sur l'adoption d'une directive permettant d'allier libre prestation de services et protection des travailleurs détachés dans ce cadre.

Les adhésions de l'Espagne et du Portugal font que la question du travailleur détaché associé à la libre prestation de services devient plus sensible d'un point de vue économique et politique

notamment dans le secteur de la construction.

L'arrêt *Rush Portuguesa* déclenche le dépôt d'une proposition de directive par la Commission européenne. Le texte de la directive est proposé en 1991 et l'objectif est d'arriver à un équilibre entre plusieurs principes apparemment contradictoires : d'un côté, le principe de libre concurrence entre les entreprises, la possibilité qu'elles ont de s'installer dans certains Etats membres afin de bénéficier de coûts inférieurs, de l'autre, la compétence des Etats membres pour « *établir des niveaux de salaire minimum afin d'assurer un standard minimum de vie approprié* ». On constate une contradiction entre la libre circulation de services et la lutte contre le dumping social et par conséquent les négociations pour aboutir à la Directive ont duré 6 ans.

La Directive n'a pas été le seul outil législatif pour prendre en considération le statut du salarié détaché. Le droit applicable en matière de sécurité sociale par exemple⁷⁸ attache une importance au pays d'origine du travailleurs. Dans ce cadre, le travailleur détaché demeure soumis au droit de la sécurité sociale de son pays d'origine. Mais pour lutter contre les fraudes ou les abus il y a possibilité de déroger à l'application du principe du pays d'origine.

Au contraire, la directive détachement est le seul outil législatif à mettre en oeuvre l'application d'un principe du pays de destination.

Selon le principe du pays d'origine, le droit applicable à une prestation de services est celui de l'Etat membre dans lequel l'entreprise qui fournit la prestation a son siège statutaire, quel que soit l'Etat dans lequel a lieu l'opération. Le principe du pays d'origine est destiné, en l'absence d'harmonisation, à s'appliquer à l'ensemble des activités commerciales au sein du marché intérieur. En effet, il établit un cadre juridique général pour supprimer les obstacles à la mise en œuvre du principe de libre circulation énoncé à l'article 3 du traité CE dans la perspective d'assurer une croissance plus forte dans l'ensemble de l'Union.

Les objectifs affichés de la directive étaient la lutte contre le dumping social et l'intégration des marchés et protection des travailleurs. La directive renvoie à la jurisprudence de la Cour de

⁷⁸ Règlement n°883/2004 du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale

justice qui autorise les Etats à imposer aux travailleurs détachés sur leur territoire certaines dispositions sociales législatives ou issues de conventions collectives.

La directive s'est construite sur la base du traité relatif à la libre prestation de services pour faciliter la libre prestation de services, en assurant une concurrence loyale entre les entreprises, mais également pour des raisons politiques. L'adoption de la directive peut en effet se faire à la majorité qualifiée ce qui est important compte tenu des oppositions qui se sont manifestées sur cette question.

L'objectif était également de garantir le respect des droits des travailleurs détachés. Il fallait en effet déterminer les conditions de travail et d'emploi applicables à la relation de travail durant la période du détachement (I). Malgré ces règles impératives on constate que la Cour de justice comme la jurisprudence française se sont retournés vers l'application des Traités dans le cadre du détachement (II).

I. les règles essentielles de la Directive

La directive 96/71/CE va tout d'abord définir le salarié détaché. Est donc considéré comme salarié détaché « *tout travailleur qui, pendant une période limitée, exécute son travail sur le territoire d'un Etat membre autre que l'Etat sur le territoire duquel il travaille habituellement* »⁷⁹. N'est donc pas un salarié détaché le salarié qui se trouve mis à disposition sans limitation de durée. Cependant la directive ne mentionne pas de limite précise. Si le salarié entre dans le champ d'application de la directive alors il se voit appliquer les dispositions législatives ou conventionnelles du pays de destination.

Elle va ensuite donner une définition de la prestation de services à laquelle le salarié détaché est indubitablement attaché. « *La prestation de services peut consister soit dans l'exécution de travaux par une entreprise, pour son compte et sous sa direction, dans le cadre d'un contrat conclu entre cette entreprise et le destinataire de la prestation de services, soit dans la mise à*

⁷⁹ Article 2 §1 de la directive détachement

disposition de travailleurs en vue de leur utilisation par une entreprise, dans le cadre d'un marché public ou d'un marché privé »⁸⁰. La directive poursuit en précisant « 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 ».

Le champ d'application de la directive est très large et des opérations très diverses sont couvertes dès lors que la prestation de services fait l'objet d'une interprétation extensive en dépit de son caractère résiduel. La directive s'applique donc dans le cas d'un « *détachement dans un Etat membre d'un travailleur, opéré par l'employeur pour son compte et sous sa direction, dans le cadre d'un contrat le liant avec le destinataire de la prestation de services ; d'un détachement dans un établissement ou une entreprise appartenant au même groupe que l'employeur ; d'une mise à disposition de travailleurs par une entreprise de travail intérimaire (ou une autre entreprise qui exerce cette activité) à une entreprise utilisatrice établie ou exerçant son activité sur le territoire d'un Etat membre* ».

S'agissant de la situation particulière du travailleur intérimaire, la CJUE, dans une décision du 10 février 2011 a considéré que « *le déplacement du travailleur dans l'Etat membre d'accueil constitue l'objet même de la prestation de services effectuée par l'entreprise prestataire et que ce travailleur accomplit ses tâches sous le contrôle et la direction de l'entreprise utilisatrice* ». Le détachement dans le cadre d'une prestation de services pour le compte de l'employeur s'effectue quant à lui « *sous la direction de* » ce dernier.

Concernant l'occupation habituelle du travailleur privilégiée par le Règlement Rome I, la directive va poser une exception et considérer qu'il n'existe pas d'obligation que le travailleur soit habituellement occupé dans l'Etat membre sur le territoire duquel est établi son employeur, l'entreprise d'envoi. Il n'existe pas d'obligation non plus que le travailleur soit habituellement au service de l'entreprise d'envoi. Par conséquent, la directive s'applique à l'embauche d'un salarié intérimaire aux seules fins de la détacher dans un autre Etat membre, dès lors qu'il exerçait jusque-là son activité professionnelle dans l'Etat membre d'envoi. En revanche, la directive ne

⁸⁰ Préambule de la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996, Considérant n°4

s'applique pas dans le cadre d'un recrutement d'un salarié habituellement occupé dans un Etat membre, par une entreprise établie dans un autre Etat membre au moyen d'un contrat de travail régi par la loi de ce second, en vue de l'affecter dans le premier Etat membre.

Plus largement, la directive ne vise pas à interdire l'une ou l'autre de ces opérations, mais à garantir l'application des règles juridiques pertinentes. Si l'opération n'entre pas dans le champ d'application de la directive alors elle entre dans un champ plus protecteur du travailleur qu'est celui du champ de la libre circulation des travailleurs en l'absence de mesure transnationale c'est à dire l'application intégrale du droit du travail de l'Etat membre dans lequel est fournie la prestation.

La directive détachement dans un souci de coordination des législations des Etats membres prévoit la mise en œuvre d'un noyau dur de normes sociales minimales. Les employeurs sont dans l'obligation de respecter ce noyau dur pour les salariés détachés. La mise en place d'un noyau dur constitue la prolongation de la technique des lois de police prévue par la Convention de Rome.

Ce noyau dur prévoit des périodes maximales de travail et des périodes minimales de repos, une durée minimale des congés payés, un taux de salaire minimal y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires, les conditions de mise à disposition des travailleurs notamment par des entreprises de travail intérimaire, la sécurité la santé et l'hygiène au travail, les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher des enfants et des jeunes, l'égalité de traitement entre hommes et femmes et autres discriminations.

Il faut tout de même préciser qu'il ne s'agit pas d'une harmonisation du contenu des réglementations mais de déterminer les règles impératives à respecter pour le pays de destination.

Alors que l'UE n'avait jusque là aucune compétence quant à la détermination du salaire dans les Etats membres, on constate que la rémunération du salarié détaché fait l'objet du socle obligatoire. La directive détachement a en effet pour objectif d'assurer la protection des travailleurs qui passe notamment par la rémunération. L'introduction d'un salaire minimal obligatoire dans le noyau dur de la directive avait pour but d'éviter la concurrence déloyale en

matière de coûts salariaux entre les différents Etats membres qui prévoient des taux de salaires bien différents. Selon la directive, qui fait exception au principe de la loi du pays d'origine, les taux de salaire minimal de l'Etat d'exécution de la prestation s'appliquent au salarié détaché. C'est donc la consécration du principe de l'application de la loi de l'Etat d'accueil. Il faut toutefois apporter une certaine mesure car la consécration se limite au salaire minimum plancher en deçà duquel il est interdit de rémunérer un salarié⁸¹. La Cour de justice retient effectivement que « *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* »⁸².

Il est par ailleurs envisageable de déroger à l'application du taux de salaire minimum si la durée du détachement n'excède pas un mois.

Les dispositions de la directive doivent être fixées par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives et/ou par des conventions collectives ou sentences arbitrales.

La mise en œuvre du noyau dur permet la prévisibilité des obligations qui pèseront sur l'employeur et l'identification du droit applicable. Il représente en cela une sécurité juridique. Malgré tout, la liste du noyau dur laisse une fenêtre ouverte. La directive permet en effet aux Etats d'imposer certaines dispositions d'ordre public de l'Etat de détachement. La directive « *ne fait donc 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* »⁸³. On revient alors sur une

⁸¹ AUZERO G., DOCKES E. et PELISSIER J., *Droit du travail*, Précis Dalloz, édition 2013, p. 916

⁸² CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05

⁸³ Article 3 §10 de la Directive

certaine insécurité juridique.

II. Un retour vers l'interprétation des Traités

La directive n'empêche pas la Cour de justice de faire référence à l'article 49 du Traité. Article 49 CE (article 56 TFUE). L'interprétation de la directive doit se faire à la lumière de l'article 49 et donc dans le but de garantir l'exercice de la libre prestation de services.

CJCE 18 juillet 2007 Commission/Allemagne : la directive n'a pas harmonisé le contenu matériel de ces règles impératives de protection minimale. Ce contenu peut dès lors être librement défini par les Etats membres, dans le respect du traité et des principes généraux du droit communautaire.

Dans l'affaire Wolff et Müller⁸⁴ par exemple, la Cour va examiner les conditions prévues par la directive « *à la lumière de l'article 49 CE* ». La Cour se sert en effet de l'article 49 pour rappeler le principe de non-discrimination en matière de libre prestation de services. Elle rappelle que l'article 49 prévoit « *la suppression de toute restriction, même si elle s'applique indistinctement aux prestataires nationaux et à ceux des autres Etats membres, lorsqu'elle est de nature à prohiber, à gêner ou à rendre moins attrayantes les activités du prestataire établi dans un autre Etat membre, où il fournit légalement des services analogues* ».

Le retour à l'interprétation de l'article 49 du traité va se faire en raison du délai de transposition de la directive. La Cour estime que « *dès lors que les faits se sont déroulés à une date postérieure à l'expiration du délai imparti aux Etats membres pour transposer la directive, et que ces faits relèvent du champ d'application de cette directive, il y a lieu d'examiner la première question au regard des dispositions de ladite directive interprétées à la lumière de l'article 49 CE, ainsi que le cas échéant, au regard de cette dernière disposition elle-même* »⁸⁵.

⁸⁴ CJCE, 12 octobre 2004, *Wolff et Müller*, C-60/03

⁸⁵ CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05

Selon Joël Cavallini⁸⁶, le régime du détachement résulte de l'interprétation de l'article 49 CE qui proclame la libre prestation de services. Cette interprétation réduit l'utilité de la directive relative au détachement. Cela place les droits des salariés détachés sous l'autorité d'une liberté économique reconnue par le Traité de Rome à leur employeur. La Cour justice consacre cette liberté et conforte l'autorité du juge communautaire sur le droit dérivé.

L'auteur ajoute que la Cour a exclu l'interprétation de l'article 39 sur la libre circulation des travailleurs en ce sens que les salariés n'accèdent pas au marché du travail de l'Etat d'accueil⁸⁷. Par conséquent le détachement intracommunautaire tombe sous le régime jurisprudentiel des entraves aux libertés de circulation élaboré par la Cour. La Cour conçoit de manière très large la notion d'entrave. Elle assure aux entreprises la possibilité de recourir au détachement car cela permet la fusion des marchés nationaux et par voie de conséquence l'émergence d'un marché unique.

L'article 49 consacre une liberté pour l'employeur tandis que la directive consacre des droits aux travailleurs. Pour autant la directive ne l'emporte pas sur les traités. Les traités l'emportent sur le droit adopté par les institutions communautaires ou droit dérivé. Le droit dérivé ne saurait en effet contredire les solutions auxquelles aboutit l'interprétation des dispositions de droit primaire. Ainsi CJCE 18 juillet 2007 C-490/04 Commission CE c/ Allemagne : même si la directive renvoie au droit du pays d'accueil pour fixer les conditions de la mise à disposition de salariés par une entreprise de travail intérimaire, cela ne dispense pas cet Etat du respect de l'article 49 CE.

Section 2 : Une mise en concurrence du droit des travailleurs et de la liberté de prestation de services

⁸⁶ CAVALLINI J., « Le détachement des salariés au sein de l'Union européenne ou la prééminence du juge », *La Semaine Juridique sociale*, n°40, 2 octobre 2007, 1741

⁸⁷ CJCE, 27 mars 1990, Rush Portuguesa, C-113/89

« *Il est rare de trouver un homme qui se livre trois ans à l'étude, sans avoir en vue un salaire* »⁸⁸. Sans être la seule composante de l'activité salariée, le salaire représente bien souvent une satisfaction plus conséquente que l'octroi d'une journée de repos supplémentaire ou la prise en compte de notre sécurité au travail.

Le salaire n'est pourtant pas que de la préoccupation du travailleur et il est aussi l'enjeu d'une concurrence entre les sociétés de pays à bas coût et celles de pays où le prix de la main d'œuvre est plus élevée. Le sort du salarié détaché semble pour l'instant scellé à la concurrence et bien que la directive défende une protection salariale minimale, la jurisprudence continue de faire pencher la balance vers la liberté économique.

En France, la question de la rémunération s'attache notamment au principe de faveur. Le principe de faveur qui s'applique aux rapports entre la loi et l'accord collectif signifie que l'accord peut déroger à la loi, mais seulement dans un sens favorable aux salariés. Le droit communautaire quant à lui ne prévoit pas de principe de faveur et surtout s'agissant du salarié détaché.

Selon Anne-Cécile Robert⁸⁹, en quelques mois, de novembre 2007 à juin 2008, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) a rendu quatre jugements affirmant la primauté des droits des entreprises sur ceux des salariés.

Prenons l'exemple de la jurisprudence Rüffert rendue par la CJCE le 3 avril 2008⁹⁰. Selon un administrateur judiciaire agissant pour une entreprise allemande, une entreprise polonaise sous-traitante a versé aux ouvriers travaillant sur le chantier d'un établissement pénitentiaire moins de 47 % du salaire minimum fixé par la convention collective du bâtiment et des travaux publics de Basse-Saxe. En conséquence, le Land de Basse-Saxe réclame une pénalité à l'entreprise allemande.

La Cour estime les dispositions imposées par le Land de Basse-Saxe incompatibles avec la

⁸⁸ Confucius, Les quatre livres

⁸⁹ ROBERT A.-C., « Et la crise sociale a rattrapé le Parlement européen », *Le Monde Diplomatique*, mars 2009

⁹⁰ CJCE, 3 avril 2008, C-346/06

directive 96/71 relative au détachement des travailleurs. La loi du Land de Basse-Saxe stipule que les contrats de travaux publics ne sont attribués qu'aux entreprises s'engageant à verser à leurs salariés la rémunération minimale prévue par la convention collective. Selon la Cour, la loi ne fixe pas de salaire minimum, mais renvoie à la convention collective applicable. Or, cette convention collective n'a pas fait l'objet d'une déclaration d'application générale. C'est sur cette « faille » juridique que la Cour s'appuie pour arrêter sa décision. Ce jugement encourage les entreprises qui répondent à des appels d'offres à intégrer dans leurs propositions les conditions minimales de travail de l'État d'accueil et non celles qui sont définies dans les conventions collectives, nécessairement plus avantageuses pour les salariés.

Les faits en cause dans l'affaire Viking étaient relatifs à l'immatriculation d'un navire appartenant à la société Viking et assurant la liaison maritime entre Tallinn et Helsinki. Ce ferry, pavillon finlandais, applique les conditions de travail du droit finlandais. Il est en concurrence direct avec d'autres navires estoniens qui effectuent cette même liaison. La problématique repose sur l'application du droit du travail estonien pour ces autres navires car la rémunération des salariés navigant est inférieure aux salariés finlandais. Face à cette concurrence, la société Viking envisage de changer l'immatriculation de son navire et de l'enregistrer en Estonie aux fins de bénéficier des mêmes conditions de travail, moins coûteuses que les conditions finlandaises, pour ses salariés. Les syndicats s'organisent donc et dans leur lutte des pavillons de complaisance, ils menacent la société Viking de faire grève. Ils encouragent également les adhérents des syndicats à ne pas négocier avec la société Viking.

La Cour rappelle tout d'abord que les dispositions sur les libertés fondamentales dans le marché intérieur (articles 39, 43 et 49 CE) ne régissent pas seulement l'action des autorités publiques, mais s'étendent également aux réglementations d'une autre nature qui visent à régler, de façon collective, le travail salarié, le travail indépendant et les prestations de services. La Cour reconnaît que le droit de mener une action collective, y compris le droit de grève, constitue un droit fondamental faisant partie intégrante des principes généraux du droit communautaire. Elle ajoute que ce droit doit néanmoins être concilié avec les libertés fondamentales dans le marché intérieur, de sorte que son exercice peut être soumis à certaines restrictions, dans le respect du principe de proportionnalité.

En poursuivant son raisonnement, la Cour affirme que l'article 43 CE produit un effet direct horizontal, à savoir qu'il confère des droits susceptibles d'être opposés non seulement aux autorités d'un État membre, mais aussi à certaines parties privées comme en l'espèce un syndicat ou une association de syndicats. La Cour a également constaté que les actions des syndicats ont eu pour effet de rendre moins attrayante, voire inutile l'exercice par Viking Line de son droit de liberté d'établissement, de sorte qu'elles constituent des restrictions à cette liberté.

Dans le cadre de l'affaire Laval⁹¹, des organisations syndicales avaient établi un blocus et un boycott de la société Laval qui ne rémunérait pas ses salariés détachés selon les conditions minimales prévues par les conventions collectives du bâtiment applicables en Suède⁹². Il s'agissait donc de savoir si une organisation syndicale suédoise était en droit d'imposer à une entreprise lettone, détachant des salariés en Suède, des conditions de salaire résultant d'une convention collective sectorielle.

La Cour affirme tout d'abord que la directive 96/71/CE, concernant le détachement de travailleurs dans un autre État membre dans le cadre d'une prestation de services, permet à l'État membre d'accueil de subordonner la réalisation d'une prestation de services sur son territoire par des travailleurs détachés à l'observation d'un ensemble de conditions de travail et d'emploi, plus précisément des règles impératives de protection minimale prévues à son article 3, paragraphe 1, premier alinéa, sous a) à g). Ceci permet d'assurer à la fois une protection minimale des travailleurs détachés et une concurrence loyale entre les entreprises nationales et celles effectuant une prestation transnationale. La Cour souligne par ailleurs que la directive 96/71/CE permet à chaque État de définir librement le contenu des règles impératives par la loi ou par des conventions collectives déclarées d'application générale ou en tout cas ayant un effet général sur toutes les entreprises similaires appartenant au secteur concerné dans le respect du Traité et des principes généraux du droit communautaire. Dans ce contexte, la Cour constate qu'en Suède, les conditions de travail et d'emploi applicable aux travailleurs détachés sont fixées par la loi, à l'exception du taux de salaire minimal qui dans le secteur de la construction est normalement fixé

⁹¹ Société de droit letton qui a détaché en Suède entre mai et décembre 2004 des salariés pour l'exécution de chantiers pour la construction d'un établissement scolaire.

⁹² SCHMITT M., *Droit du travail de l'Union européenne*, Larcier, 2012, pp. 177-180

par voie de la négociation collective au cas par cas, sur le lieu de travail, tenant compte de la qualification et des fonctions des salariés concernés. La Cour considère qu'un taux de salaire fixé de cette manière ne saurait être imposé au titre de la directive 96/71/CE aux entreprises établies dans d'autres États membres, dans le cadre d'une prestation de service transnationale.

La Cour a examiné l'existence d'une éventuelle justification visant un objectif légitime d'intérêt général et qui soit appropriée et proportionnée s'agissant de l'action syndicale. Comme dans l'arrêt *Viking*, elle reconnaît que la protection des travailleurs peut constituer une telle raison impérieuse d'intérêt général. Toutefois, compte tenu du fait que l'objectif immédiat de l'action collective en question était d'imposer à Laval l'adhésion à la convention collective du bâtiment pour l'obliger à adopter des conditions de travail allant au-delà de la protection minimale de la directive 96/71/CE, la Cour considère que l'objectif légitime de protection des travailleurs est suffisamment protégé par le respect du noyau de règles impératives de protection minimale de la directive 96/71/CE. Elle ajoute que de telles actions collectives ne sauraient être justifiées lorsque la négociation salariale s'inscrit dans un contexte national marqué par l'absence de dispositions suffisamment précises et accessibles, pour ne pas rendre en pratique impossible ou excessivement difficile la détermination par une entreprise d'un autre État membre des obligations qu'elle devrait respecter en termes de salaire minimal. La Cour conclut en considérant également contraire aux dispositions sur la libre prestation de services la réglementation d'un État membre qui ne tient pas compte des conventions collectives auxquelles les entreprises qui détachent des travailleurs sont déjà liées dans l'État membre dans lequel elles sont établies, alors que les conventions conclues dans le premier État membre sont prises en compte. Il s'agit, dans ce cas, d'une discrimination directe sur base nationale qui ne trouve aucune justification.

On le voit la jurisprudence de l'UE, bien que reconnaissant des droits aux salariés, estime bien souvent que les dispositions impératives minimales prévues par la directive 96/71/CE suffisent à la protection des travailleurs. Une rémunération plus conséquente est bien entendu envisageable mais la Cour semble trouver « la faille » permettant de remettre en cause cette rémunération supérieure au taux de salaire minimal du pays d'accueil. Du point de vue du droit syndical, la Cour le reconnaît comme un droit fondamental mais les actions collectives tendent à faire « fuir » les entreprises et sont par conséquent source d'entrave à la libre prestation de services.

De manière générale, la Cour a tendance à rechercher dans les affaires qui lui sont soumises les entraves à la libre prestation de services au contraire de rechercher ce qui pourrait nuire aux droits des travailleurs. Il est en effet envisageable de considérer que la libre prestation de services peut nuire aux droits des travailleurs, notamment lorsqu'elle permet à un employeur de ne pas rémunérer un salarié détaché au même niveau que les salariés locaux au prétexte que l'application d'une convention collective n'a pas été désignée d'application générale.

Section 3 : Le détournement de la Directive 96/71/CE

Les affaires jugées par la Cour de justice de l'Union européenne montrent que les Etats sont parfois « laxistes » quant à la transposition des règles prévues par la directive 96/71/CE. Ce qui peut être fait par un Etat semble plutôt être une occasion pour la Cour de rejeter un droit pour le salarié. La Commission quant à elle ne peut que constater le défaut ou la mauvaise transposition de la directive dans plusieurs Etats membres (II).

La directive est également l'objet de nombreuses fraudes de la part des entreprises qui cherchent à tout prix à réduire les coûts salariaux (I).

I. Le détournement par les sociétés

A chaque règle sa transgression et l'on s'étonnerait d'ailleurs de voir une règle (d'ordre économique en l'espèce) appliquée à la lettre sans qu'aucune transgression ne soit à déplorer. En matière de détachement, les abus n'ont pas manqué.

L'exemple le plus marquant reste peut-être celui des sociétés « boîtes aux lettres » dont l'objectif est de n'exister que le but de « détacher » des travailleurs et d'offrir des salaires et des avantages sociaux inférieurs par rapport à ceux qui seraient appliqués si les travailleurs étaient employés et non pas détachés. Ces dispositions ne sont pas considérées comme légales puisque les entités du type des sociétés boîtes aux lettres ne sont pas actives sur le marché intérieur du pays où elles sont immatriculées.

La situation actuelle des travailleurs détachés, au plan de la protection conférée par la loi et les conventions collectives dans les domaines couverts par la directive, varie beaucoup d'un pays à l'autre. Les pays qui sont exportateurs de travailleurs détachés ont des préoccupations qui diffèrent généralement de celles des pays qui les accueillent.

Par exemple, au Portugal, on se préoccupe davantage du détachement des travailleurs nationaux vers les autres pays que des travailleurs détachés au Portugal. En outre, l'approche adoptée par les pays d'accueil où les travailleurs sont détachés est très différente. Certains n'ont pas de dispositions spécifiques visant les travailleurs détachés (Espagne, Irlande, Italie et Royaume-Uni), tandis que d'autres incluent spécifiquement les travailleurs détachés dans certaines ou la totalité des dispositions visant leurs propres ressortissants (Danemark, Finlande, Luxembourg, Pays-Bas et Suède). D'autres encore ont une législation spécifique applicable aux travailleurs détachés (Allemagne, Autriche, Belgique et France).

Les sociétés boîtes aux lettres ou sociétés-relais, c'est-à-dire, des personnes morales établies, sur papier, dans un pays de l'Union européenne (UE), mais qui n'y exercent aucune activité économique réelle, ou très peu, permettent de profiter du régime le plus avantageux possible en matière d'impôts, de salaires, de normes du travail et de cotisations sociales, qui s'applique dans le pays de leur siège social. On parle alors de « régime shopping »⁹³. Ces sociétés affaiblissent le droit national, entraînant une course vers le bas : impôts moins élevés, salaires plus bas, normes de travail peu exigeantes. Les sociétés ont la possibilité de contourner et même de violer des instruments tels que la directive européenne concernant le détachement de travailleurs ou le

⁹³ Confédération européenne des syndicats, L'impact du recours aux sociétés boîtes aux lettres sur les droits des travailleurs et les recettes publiques, Etude de cas, Katrin McGauran, juin 2016.

règlement relatif au transport routier, dans le but de réduire au maximum leurs responsabilités en matière de droit du travail.

*« Une société boîtes aux lettres est une société qui a été fondée dans le but de ne pas respecter les obligations conventionnelles et légales. Quelques exemples : impôts, sécurité sociale, TVA et salaires. Ces entreprises n'ont pas de réelle activité sociale ou économique. Toutes les activités sociales et économiques sont purement fictives. »*⁹⁴

Dans le cadre de la fraude au détachement, la Commission européenne propose une définition des sociétés boîtes aux lettres : *« les sociétés boîtes aux lettres sont des entreprises qui ont été créées dans le but de profiter des failles du système législatif et qui n'offrent aucun service aux clients mais servent plutôt d'écran pour les services fournis par leurs propriétaires. Ces entreprises, généralement de très petite taille, ne gèrent souvent qu'une boîte aux lettres, d'où leur nom. »*⁹⁵

Exemple du secteur du bâtiment en Suède : Le dumping social dans le secteur européen du bâtiment est largement médiatisé depuis quelques années, et les syndicats du secteur du bâtiment, mais aussi du transport, ne cessent de dénoncer le détournement de la directive concernant le détachement de travailleurs à des fins de dumping social dans leur secteur. L'enquête a montré qu'en Allemagne et aux Pays-Bas, les ouvriers étrangers du bâtiment sont principalement détachés par l'intermédiaire de sous-traitants et selon les conditions de leur pays d'origine. Ils sont recrutés par des agences d'intérim situées dans le pays d'accueil, dans le pays d'origine ou dans des pays tiers, ou bien ce sont des travailleurs indépendants. Les mauvaises conditions de travail rappellent celles d'autres secteurs à bas salaires ayant recours aux accords de sous-traitance, à savoir, de longues heures de travail, des salaires non ou sous-payés, le non-paiement des cotisations sociales et l'existence de risques pour la santé et la sécurité des travailleurs.

⁹⁴ Site Internet de la FETBB, <http://www.stopletterboxcompanies.eu/qu-est-ce-qu-une-societe-boite-aux-lettres>

⁹⁵ Communication de la Commission européenne, 07/03/2013, « Réglementation intelligente - Répondre aux besoins des petites et moyennes entreprises », COM(2013)122 final, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0122&from=EN>

D'autres cas de fraude sont envisageables et dans cette perspective, les entreprises se montrent bien souvent très imaginatives. On peut notamment prendre l'exemple des faux indépendants. Une étude de la Fédération européenne des travailleurs de la construction et du bois a donné lieu à une synthèse intitulée "travail indépendant et faux travail indépendant dans le secteur de la construction". Elle rappelle que le développement du recours aux faux indépendants présente, pour les entreprises concernées, un intérêt double : d'une part, les charges sociales ne sont plus supportées par l'entreprise et celles qui sont acquittées par l'indépendant sont moindres, correspondant d'ailleurs à un moindre niveau de protection ; d'autre part, le niveau de protection sociale est moindre puisque les règles de droit du travail ne visent pas les indépendants : horaires de travail, salaires minima, etc., ne sont donc pas applicables. Sur le plan juridique, la difficulté tient à ce que la définition du travailleur indépendant relève de l'Etat membre d'origine et non de l'Etat membre d'accueil. Cette fraude vise à échapper aux contraintes du « noyau dur » de la directive 96/71/CE, car le socle minimal ne s'applique qu'aux salariés. En outre, les règles relatives au temps de travail et surtout au salaire minimum ne s'appliquent pas aux indépendants⁹⁶.

Le rôle des entreprises de travail temporaires n'est pas non plus à ignorer dans certaines formes de dumping social. Gilles Savary⁹⁷ a d'ailleurs déposé en 2016 un amendement lors des négociations relatives à la loi El Khomri qui proposait d'encadrer les détachements de travailleurs effectués par des sociétés d'intérim. Cet amendement propose de modifier l'article L1262-2 du Code du travail l'objectif étant d'harmoniser les règles relatives aux conditions de travail et d'emploi des salariés détachés par des ETT qui ne sont pas établies sur notre territoire nationale à celles des salariés des entreprises exerçant une activité de travail temporaire établies sur le territoire national. Gilles Savary avait dénoncé en particulier le tour de passe-passe utilisé par des agences luxembourgeoises pour, en toute légalité, détacher en France à moindre coût des salariés français résidant en France. Profitant des charges sociales très basses au Grand duché, elles les

⁹⁶ Assemblée nationale, Rapport d'information déposé par la Commission des affaires européennes sur le détachement des travailleurs, 8 février 2011

⁹⁷ Auteur de la loi relative à la lutte contre la concurrence sociale déloyale

invitent à franchir la frontière le temps de s'inscrire, avant de la repasser pour faire des missions près de chez eux.

Les entreprises ne sont pourtant pas les seules à transgresser les règles imposées par la directive 96/71/CE. Les Etats sont aussi responsables des difficultés de mise en œuvre de la directive détachement.

II. De la mauvaise application par les Etats à la directive exécution de 2014

En 2006, la Commission, qui a examiné la transposition de la directive par les Etats membres, fait état de son rapport. Elle ne peut que constater le défaut ou la mauvaise transposition de la directive dans plusieurs Etats membres. La Commission propose des lignes directrices offrant aux Etats un cadre administratif pour clarifier de possibles mesures nationales de contrôles administratifs pouvant être réalisés par les administrations nationales. Au vu des résultats, la Commission s'adresse aux Etats membres et leur demande d'adapter leurs définitions de "travailleurs" de manière à pouvoir faire une claire distinction de statut entre les "entrepreneurs", d'une part, qui traitent d'affaires économiquement indépendantes en travaillant pour plusieurs entreprises mutuellement indépendantes, et les "travailleurs", d'autre part, qui travaillent dans une dépendance de fait, aussi bien organisationnelle qu'économique, sous surveillance et contre rémunération.

Le rapport précise qu'à plusieurs reprises, la Cour a formulé des critères précis qui permettent de faire une distinction entre "travailleurs" et "indépendants"; estime qu'en tenant compte de la compétence des États membres pour déterminer le statut au regard du droit du travail, la Commission doit veiller à ce que cette distinction s'opère dans le respect des lignes directrices fixées par la Cour; demande à la Commission d'engager d'urgence des négociations avec les États membres, dans le but d'instaurer des critères transparents et cohérents pour la détermination du statut des "travailleurs" et des "indépendants" au regard du droit du travail.

Enfin, la Commission note que toutes les mesures par lesquelles les travailleurs sont informés de leurs droits, notamment des salaires auxquels ils ont droit, contribuent à la bonne application de la directive sur le détachement de travailleurs; estime que l'information sur les droits et

habilitations prévus par ladite directive, ainsi que la sensibilisation à ces droits et habilitations, doivent être améliorées d'urgence pour toutes les parties concernées; se félicite en conséquence de l'initiative de la Commission de consacrer au détachement de travailleurs un site internet qui propose des liens directs avec les législations nationales en la matière; insiste sur le fait que l'information doit être fournie dans des langues appropriées⁹⁸.

Consciente des lacunes de la directive 96/71/CE, la décision est prise en septembre 2009 de mettre en œuvre une initiative législative afin de remédier aux manques d'effectivité de la directive détachement. En 2012 est présentée une proposition de directive par la Commission dont l'objectif est de répondre aux tensions suscitées par les pratiques de dumping social. Suite aux arrêt Viking et Laval, on admet une nécessaire intervention normative pour concilier liberté économique et droits sociaux fondamentaux.

La jurisprudence de la CJUE a également mis en lumière la nécessité d'un débat démocratique sur le sujet et l'insuffisance de la légitimité juridictionnelle pour arbitrer une question relevant davantage du choix de société et dès lors sans doute du droit primaire de l'UE.

Afin de modifier les dispositions de la directive 96/71/CE, trois dispositifs étaient possibles. On pouvait dans un premier lieu réviser directement la directive. En deuxième lieu on pouvait abroger la directive mais cela impliquait un délai très long pour l'adoption de ce nouveau texte et il aurait alors fallu retourner à l'application du règlement Rome I ce qui n'aurait pas résolu le problème du dumping social. Enfin, on pouvait mettre en œuvre un acte complémentaire. Le choix s'est porté sur un acte complémentaire enrichissant le droit positif⁹⁹. Il était question d'une nouvelle législation à partir de l'existant et d'approfondir le cadre législatif dérivé du détachement de manière à résoudre les difficultés de mise en œuvre et les mauvaises applications de la Directive.

La directive exécution de 2014 contient une série de mesures visant à prévenir les abus et à

⁹⁸ Rapport du 26 septembre 2006 sur l'application de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs (2006/2038(INI)), Commission de l'emploi et des affaires sociales, Rapporteur Elisabeth Schroedter

⁹⁹ 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 »)

garantir « *des conditions de concurrence égales aux entreprises et le respect des droits des travailleurs* »¹⁰⁰, notamment en ce qui concerne l'exécution des conditions de travail et d'emploi applicables dans l'État d'accueil.

La directive aborde les problèmes causés par les sociétés dites « boîtes aux lettres » et accroît la capacité des États membres à surveiller les conditions de travail et à faire respecter les règles applicables. Entre autres, la directive énumère des critères qualitatifs caractérisant l'existence d'un lien réel entre l'employeur et l'État membre d'établissement, qui peuvent aussi être utilisés pour déterminer si une personne répond à la définition applicable d'un travailleur détaché¹⁰¹.

La directive d'exécution de mai 2014 apparaît toutefois comme une première étape avant une révision, certes ciblée, de la directive de 1996 sur le détachement des travailleurs. Cette dernière, bien qu'elle apporte quelques éléments d'amélioration quant à l'application de la directive 96/71/CE, ne fait aucune mention de la problématique du salaire qui pose pourtant problème et ouvre la voie au dumping social.

¹⁰⁰ Directive 2014/67/UE, Considérant 1

¹⁰¹ Directive 2014/67/UE, Article 4 relatif à la détermination du caractère véritable du détachement et prévention des abus et contournements.

PARTIE 2 : LE REMUNERATION DU SALARIE DETACHE FACE A LA LEGISLATION

*« Le salaire est déterminé par la lutte entre capitaliste et ouvrier. La victoire appartient nécessairement au capitaliste »*¹⁰². Sans valider la seconde phrase de Karl Marx, il convient tout de même d'admettre que la question de la détermination du salaire est l'objet d'une lutte opposant employeur et salarié. Dans un contexte actuel où le chômage est trop important et préoccupe la population, la rémunération est déterminante mais peut-être de moins en moins négociable et par conséquent faisant l'objet d'une lutte.

La directive 96/71/CE est le principal outil législatif sur lequel la jurisprudence peut se fonder pour déterminer les règles applicables au salarié détaché. Malgré cet outil, les instances de l'UE ne peuvent que constater des insuffisances de cette directive (Chapitre 1). A défaut de faire l'étude des différentes dispositions législatives mises en place par différents pays européens, la considération du cas français est importante car elle démontre de sa volonté d'asseoir une véritable lutte contre le dumping social même si toutes les mesures ne sont pas à glorifier (Chapitre 2).

Chapitre 1 : L'Europe face au salarié détaché

Le salaire représente la contrepartie monétaire de la prestation de travail et en cela la définition semble simple et précise. Malgré cela, le salaire du salarié détaché fait l'objet d'un grand nombre de définitions qui provoque une véritable insécurité juridique (Section 1). Outre la définition du salaire, l'Europe des 28 connaît des grandes disparités salariales, ouvrant ainsi la porte au dumping social (Section 2). Dans son projet de révision de la directive détachement, la Commission tend œuvrer vers une égalité salariale entre les salariés détachés et les salariés locaux (Section 3).

¹⁰² MARX K., Manuscrits de 1844

Section 1 : La définition du salaire en question

Depuis le tout début de la construction européenne, la question du salaire est un élément qui est apparu dans les inquiétudes des grands patrons français. Ces inquiétudes se sont surtout portées à l'égard de l'Italie en raison des salaires très inférieurs¹⁰³.

La création de l'Europe préconise une harmonisation vers le haut. A l'origine, l'Europe fût créée dans le but d'harmoniser l'ensemble des législations des Etats qui y prenaient part. Cela devait se faire grâce au marché commun qui devait « *favoriser l'harmonisation des systèmes sociaux* » et grâce au « *rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives* ».

Les années 70 sonnent le début d'une remise en cause de cette harmonisation vers le haut. L'UE se penche vers l'accroissement de la compétitivité même si cela doit passer par une moins bonne protection des travailleurs européens.

L'Acte unique de 1986 met en œuvre le marché unifié qui met alors en concurrence les salariés des différents Etats membres.

Jusqu'à la crise de 2008, la question des rémunérations n'était pas aux mains de l'UE contrairement à certains autres éléments du domaine social¹⁰⁴. Par conséquent, les Etats restaient souverains quant à la détermination du salaire.

Mais la problématique soulevé par la « peur » du salarié détaché a modifié cette souveraineté des Etats quant à la rémunération. Dorénavant, s'agissant du salarié détaché, l'UE détient une compétence de détermination. Il s'agit là d'un enjeu majeur pour une concurrence loyale entre les entreprises européennes¹⁰⁵. Cette compétence nouvelle de l'UE n'a pas empêché de créer un flou quant à la définition du salaire (I). La Cour de justice est également intervenue dans la détermination du salaire minimal du au salarié détaché (II).

¹⁰³ Gille RAVEAUD, L'Union européenne contre le salaire, *La Revue de l'Ires*, Février 2012, n°73, p. 99-123, <http://www.cairn.info/revue-de-l-ires-2012-2-page-99.htm>

¹⁰⁴ Protocole social annexé au Traité de Maastricht 1992

¹⁰⁵ LHERNOULD J.-P., PALLI B., « La rémunération du salarié détaché dans un Etat membre de l'Union », *Droit social*, 2016, p. 460

I. Une définition du salaire qui entretient l'insécurité juridique

La directive détachement, dans les dispositions impératives du noyau dur, a imposé aux employeurs de salariés détachés le respect d'un taux de salaire minimal mais avant de s'attarder sur la détermination de ce taux de salaire minimal (B) encore faut-il opérer une distinction entre salaire minimal et salaire minimum (A).

A. LA DISTINCTION SALAIRE MINIMAL / SALAIRE MINIMUM

Une distinction est à faire entre salaire minimal et salaire minimum car bien souvent le trouble est entretenue par les termes et définitions utilisés par les législations des Etats.

Le salaire minimum correspond à la limite en-dessous de laquelle il est interdit de fixer un salaire. Cette limite est déterminée par la loi ou les conventions collectives. Le salarié détaché doit donc bénéficier d'un salaire minimal et non du salaire minimum prévu par le pays d'accueil. Un travailleur détaché issu d'un pays à haut revenu ne peut pas être payé au salaire minimum du pays d'accueil à bas revenu.

Selon le rapport du CESE de 2015 (Conseil économique, social et environnemental), dans certains Etats, soit la définition du salaire minimum applicable n'existe pas au sens de la directive détachement soit le contenu de ce salaire n'est pas déterminé et accessible aux entreprises détachant des salariés. Pour exemple en Allemagne, avant 2014, tous les secteurs d'activité n'étaient pas couverts par des conventions collectives générales. C'est pourquoi les travailleurs détachés ne bénéficiaient pas d'une garantie minimale de salaire. Il a fallu attendre l'introduction d'un salaire minimum légal¹⁰⁶.

Il est intéressant de prendre le cas de la concurrence dans l'industrie agroalimentaire allemande¹⁰⁷ où il existe une forte intensité de main d'œuvre. C'est un exemple parfait pour

¹⁰⁶ JANKO T., « Allemagne. Le salaire minimum arrive enfin ! », Courrier International (en italique), 31 décembre 2014. En ligne : <http://www.courrierinternational.com/article/2014/07/03/enfin-un-salaire-minimum>

¹⁰⁷ Lettre Trésor-Eco n°171, juin 2016, Concurrence sociale des travailleurs détachés en France : fausses évidences et réalités, p. 6

rendre compte des tensions entre droits sociaux et concurrence. L'Allemagne est en tête dans la production de porcs grâce à une stratégie consistant en une réduction des coûts de production et des gains de compétitivité, notamment baisse du coût du travail via un recours massif aux travailleurs détachés (Pologne, Roumanie, Bulgarie). En Allemagne à l'époque, il n'existe pas de salaire minimum et les travailleurs détachés étaient rémunérés à un niveau inférieur à celui des travailleurs non détachés.

La Belgique, impactée par cette concurrence, a saisi la Commission en mars 2013 pour dénoncer cette fraude et par voie de conséquence cette concurrence déloyale imposée par l'Allemagne.

Consécutivement à l'intervention de la Commission, le Bundestag a adopté le salaire minimum applicable à tous les salariés non couverts par une convention collective. L'introduction d'un salaire minimum devait ainsi réduire les écarts.

Selon le rapport d'information du Sénat¹⁰⁸, le problème du détachement réside dans la garantie pour les salariés détachés de se voir accorder le salaire minimum du pays d'accueil. L'affaire de la centrale nucléaire de Porcheville est un bon exemple français. Il est question ici d'un problème relatif au mode de calcul du salaire. En l'espèce, un marché public de travaux est remporté par Alstom qui fait appel à un sous-traitant polonais pour exécuter les travaux. Le syndicat CGT demande l'intervention de l'inspection du travail aux fins de faire constater que la réglementation relative au salaire n'est pas respectée pour les salariés détachés. La rémunération minimale conventionnelle française était atteinte mais le salaire considéré comprenait les primes liées à l'hébergement.

Selon ce même rapport : les écarts de salaire entre les pays à bas coût et les pays à plus haut coût font que certains salariés (ici polonais) acceptent de percevoir une rémunération inférieure à la rémunération minimale du pays d'accueil dès lors que la somme versée dépasse largement le salaire habituel dans leur pays d'origine. « *Le salaire minimum polonais pour un ouvrier d'exécution dans le secteur du bâtiment s'établit à 226,57 euros bruts pour 40 heures, soit 5,7 fois moins que le salaire minimum conventionnel pour son équivalent français, fixé à 1 293 euros*

¹⁰⁸ GRIGNON F., « Le BTP français face à l'élargissement de l'Europe », *Rapport d'information n°28* (2006-2007) du 18 octobre 2006, fait au nom de la Commission des Affaires économiques

bruts pour 35 heures (1 478,22 euros bruts pour 40 heures). Il en ressort que le salaire minimum polonais équivaut au seul montant des heures supplémentaires permettant de passer de 35 à 40 heures pour un ouvrier français ».

Toujours selon ce rapport du Sénat la problématique du salaire effectif est également à prendre en compte. On part du principe qu'un salarié est rémunéré selon les règles du salaire conventionnel mais ce salaire conventionnel ne correspond qu'au salaire minimum garanti aux salariés nationaux. Cependant « *dans le secteur du bâtiment, le salaire minimum est très inférieur au salaire effectif réellement pratiqué sur le marché du travail* »¹⁰⁹.

Cette problématique de la détermination du salaire du salarié détaché provient notamment du fait que la directive détachement laisse aux Etats le soin de définir ce salaire tout en entretenant elle-même la confusion.

B. UNE DÉFINITION LAISSÉE À L'APPRÉCIATION DES ETATS

Le noyau dur de la Directive intègre une obligation de respect du salaire minimal. Pour autant la terminologie de la Directive est inadaptée car elle fait référence parfois au taux de salaire minimal¹¹⁰ parfois au salaire minimal¹¹¹. Les législateurs nationaux ont tendance à confondre ces deux notions. Il faut également préciser que le taux¹¹² de salaire minimal est un concept communautaire tandis que le salaire minimal est un concept national.

Pour définir le taux de salaire minimal, il est permis aux Etats d'utiliser différents modes : dispositions législatives, réglementaires ou administratives, conventions collectives ou sentences

¹⁰⁹ Idem note 107

¹¹⁰ Directive 96/71, Article 3 Paragraphe 1 c) : *les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires ; le présent point ne s'applique pas aux régimes complémentaires de retraite professionnels*

¹¹¹ Directive 96/71, Article 7 : *les allocations propres au détachement sont considérées comme faisant partie du salaire minimal...*

¹¹² Vocabulaire juridique Cornu : *montant fixé à l'avance à une somme d'argent, en général comme limite inférieure, pour la détermination du prix d'une prestation ou de la base de calcul d'un salaire ou d'une contribution, ou même d'une compétence.*

arbitrales déclarées d'application générale.

La détermination du taux minimal se fait alors différemment pour chaque pays, le calcul peut donc varier d'un pays à l'autre (taux horaire, taux mensuel, variabilité en fonction de l'ancienneté, rémunération des heures supplémentaires). On peut identifier deux mécanismes permettant la détermination du salaire minimal. D'un côté¹¹³ « *les salaires minima couvrent l'ensemble de la population salariée et sont fixés par les autorités publiques dans le cadre d'une consultation/négociation bipartite/tripartite ou par une combinaison des deux* »¹¹⁴. De l'autre¹¹⁵, « *les salaires minima sont intégralement négociés par accord collectif au niveau sectoriel* ». Cela répercuté sur la rémunération du salarié détaché, il faut considérer que « *le taux de salaire minimal peut être déterminé soit par des techniques couvrant l'ensemble de la population soit par des accords au niveau sectoriel* ».

Il faut également préciser que les systèmes sectoriels peuvent engendrer des différences de salaire plus conséquent. Ces systèmes intègrent bien souvent d'autres éléments dans la rémunération (primes de pénibilité ou classification selon la qualification). Certains salariés détachés seront par conséquent mieux rémunérés que d'autres salariés détachés en fonction du secteur d'activité dans lequel ils travaillent.

La CJUE reconnaît le droit souverain des Etats dans la détermination du taux de salaire minimal elle pose malgré tout une limite : « *pour autant que cette définition, telle qu'elle résulte de la législation ou des conventions collectives nationales pertinentes ou de l'interprétation qu'en donnent les juridictions nationales, n'a pas pour effet d'entraver la libre prestation des services entre les Etats membres* »¹¹⁶.

Selon une étude de 2016¹¹⁷ les termes utilisés par la directive font apparaître une distinction entre

¹¹³ C'est le cas en Belgique, en Allemagne, en France, aux Pays-Bas, en Pologne et en Roumanie.

¹¹⁴ Study on wage-setting mechanisms and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Dir. 96/71/CE in a selected number of Member States and sectors

¹¹⁵ Au Danemark, en Italie et en Suède

¹¹⁶ Par exemple : CJUE 7 novembre 2013 aff. C-522/12, Isbir, pt 37

¹¹⁷ Study on wage-setting mechanisms and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Dir. 96/71/CE in a selected number of Member States and sectors

deux questions « *la définition des éléments constitutifs du taux de salaire minimal du pays d'accueil et les sommes versées par l'employeur procédant au détachement pouvant être considérées comme entrant dans le calcul du salaire minimal de l'Etat d'accueil* ». Cette distinction n'apparaît bien souvent pas dans la législation des Etats membres. Concernant les sommes versées, la directive se place du point de vue de l'employeur qui rémunère le salarié. Lorsque la directive s'attache à indiquer que le taux de salaire minimal comprend le taux majoré pour les heures supplémentaires alors elle fait référence aux éléments constitutifs du taux de salaire minimal de l'Etat d'accueil.

Jean-Philippe Lhernould¹¹⁸ indique que la Cour de justice entretient l'ambiguïté. Cette dernière considère en effet que le versement de certaines primes doivent être prise en considération dans le calcul du taux de salaire minimal¹¹⁹ contrairement à la prise en charge du logement et de bons d'alimentation¹²⁰.

La CJUE entretient la confusion des termes. Paradoxalement, c'est elle qui va déterminer les éléments entrant dans la rémunération minimale due au salarié détaché étant entendu que la directive ne prend pas la peine de déterminer ce qui est inclus dans le salaire ou pas.

II. L'intervention évolutive de la CJUE dans la définition du salaire minimal

La Directive 96/71 prévoit que doit être respecté le taux salarial minimal fixé par les pouvoirs publics et/ou par convention collective déclarée d'application générale de l'État de détachement¹²¹. Elle entend ainsi apporter au travailleur la garantie que son salaire atteindra le niveau salarial minimal du pays d'accueil. Elle recherche en cela une protection salariale

¹¹⁸ LHERNOULD J.-P., « La rémunération du salarié détaché dans un Etat membre de l'Union », Etude comparative dans neuf pays et quatre secteurs d'activité à la lumière de la proposition de révision de la directive n°96/71/CE, Droit social 2016, p. 460

¹¹⁹ CJCE, 14 avril 2005, aff. C-341/02, Commission c/ Allemagne

¹²⁰ CJUE, 12 février 2015, aff. C-396/13, Sähköalojen

¹²¹ Directive 96/71, art. 3 § 1 et § 8

minimale. Or la protection minimale peut être renforcée et c'est ainsi que le prévoit la directive 96/71/CE lorsqu'elle précise qu'elle ne fait pas obstacle à l'application de conditions, notamment salariales, plus favorables pour les travailleurs¹²². Une loi ou une convention peuvent donc permettre au travailleur détaché de percevoir une rémunération supérieure au minimum en vigueur dans l'État d'accueil.

La directive ouvre toutefois aux États membres qui ne connaissent pas la déclaration d'application générale des conventions collectives, la possibilité d'imposer l'application de celles-ci, sous la double condition que « *l'État membre en décide ainsi* » et que soit assurée une égalité de traitement avec les entreprises nationales du secteur d'activité concerné se trouvant dans une situation similaire¹²³. « *La directive permet ainsi une sorte de déclaration d'application générale ad hoc, concernant à la fois les prestataires de services établis dans un autre État et les entreprises locales* »¹²⁴.

A. UNE INTERPRÉTATION RESTRICTIVE DE LA COUR

S'agissant de l'application des salaires conventionnels de l'État d'accueil, deux affaires ont mis en lumière les réticences de la Cour de justice à l'imposer. La Cour demeure réticente quant à l'application des conventions collectives de l'État d'accueil aux salariés détachés.

Il faut tout d'abord revenir sur l'arrêt Laval¹²⁵. En l'espèce, un prestataire de services letton réalise des travaux de construction sur des chantiers situés en Suède et y détache du personnel. L'État d'accueil ne prévoit pas de salaire minimum légal et ne connaît pas la procédure de déclaration d'application générale des conventions collectives. Par ailleurs, l'Etat d'accueil n'a

¹²² Directive 96/71/CE art. 3 & 7

¹²³ Directive 96/71, art. 3 § 8

¹²⁴ RODIERE P., « Le détachement de travailleurs dans l'UE : une zone d'affrontements », 2^e partie, *Semaine Sociale Lamy*, n°1629, 5 mai 2014

¹²⁵ CJCE, 18 décembre 2007, C-341/05, Laval un Partneri

pas décidé de l'application de la convention collective suédoise du bâtiment pour les salariés détachés.

La Cour de justice a estimé dans ce cas que l'application des règles de la convention collective suédoise concernant la détermination du salaire ne s'imposait pas au prestataire de services letton. Cette décision est pourtant contradictoire avec les conclusions de son avocat général qui, avait estimé que les conventions collectives en Suède ont « *des effets erga omnes de fait* »¹²⁶. L'avocat général ajouta également que « *la directive 96/71 ne fait pas obstacle à ce qu'un taux de salaire déterminé conformément à une convention collective conclue dans l'État membre d'accueil, qui s'applique, de fait, aux entreprises nationales du secteur d'activités concerné, soit également étendu, par le déclenchement d'actions collectives, aux prestataires de services d'un autre État membre qui, dans le cadre d'un détachement temporaire de travailleurs sur le territoire du premier État membre, opèrent dans le même secteur d'activités et se trouvent dans une situation analogue* »¹²⁷.

La Cour de justice n'a pas voulu suivre ces conclusions impliquant la théorie de l'application générale et obligatoire « *de fait* » des conventions collectives en Suède. Cela aurait pourtant permis de placer les entreprises du secteur d'activité concernée dans une situation d'égalité en accord avec l'esprit général de la directive 96/71.

L'autre décision a été rendue dans l'affaire Rüffert¹²⁸. Une entreprise polonaise intervient dans le cadre de l'exécution d'un marché public pour la construction d'un établissement pénitentiaire en Allemagne. La question soulevée était de savoir si le prestataire de services polonais devait respecter le taux de salaire minimum de la convention collective allemande du bâtiment localement applicable.

La Cour de justice a répondu par la négative en justifiant sa décision par la connaissance par l'Allemagne de la procédure de déclaration d'application générale. Malgré cela, l'Allemagne a décidé de ne pas faire usage de son droit. « *Une décision des autorités du Land intéressé avait*

¹²⁶ Conclusions de l'avocat général Mengozzi, point 191

¹²⁷ Ibid., point 198

¹²⁸ CJCE 3 avril 2008, aff. C-346/06

*cependant bien été prise en vue de rendre la convention collective obligatoirement applicable aux marchés publics. Mais cette décision n'avait pas la portée générale requise par la directive, puisqu'elle n'incluait pas les marchés privés. Les prescriptions de la directive n'étaient donc pas satisfaites »*¹²⁹. Le prestataire de services polonais pouvait ne pas payer les travailleurs détachés en Allemagne au taux minimal de salaire allemand.

Autrement dit, la Cour retient une conception exigeante du degré de généralité de la norme conventionnelle. La Cour de justice n'autorise pas les Etats à imposer à ces prestataires un salaire plus favorable que le salaire minimum¹³⁰.

S'agissant cette fois de la détermination du taux de salaire minimal, il convient de revenir sur l'arrêt Commission c/ République fédérale d'Allemagne¹³¹. La Cour va rappeler dans cet arrêt que conformément à la directive 96/71, chaque Etat-membre veille à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises établies dans un autre Etat-membre garantissent aux salariés détachés sur son territoire les conditions de travail et d'emploi qui sont fixées, dans l'Etat-membre sur le territoire duquel le travail est exécuté, par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives ou par des conventions collectives déclarées d'application générale¹³².

Ces conditions concernent notamment les taux de salaire minimal, cette notion étant définie par la législation ou la pratique nationale de l'Etat-membre d'exécution du travail. La République fédérale allemande avait usé de cette faculté, certaines conventions collectives ayant été étendues aux employeurs établis à l'étranger et à leurs salariés détachés en Allemagne, leur liste figurant dans un vade-mecum qui précisait, en outre, que les majorations et suppléments versés par l'employeur, ne sont pas considérés comme des éléments faisant partie du salaire minimal.

Mais, pour la Commission, cette réglementation était incompatible avec les dispositions de la directive 96/71 et affectait la libre prestation de services. Elle reproche à la réglementation

¹²⁹ Ident., Note 123

¹³⁰ JAZOTTES, « La définition du salaire minimal à verser aux salariés détachés : de la directive 96/71 à la directive « Bolkestein » », RTD Com., 2005, p. 436

¹³¹ CJCE 14 avril 2005, aff. C-341/02

¹³² Directive 96/71/CE, art. 3, § 1

allemande de ne pas retenir dans la détermination du salaire minimal les majorations et suppléments. Au point 18, la Commission précise que la non prise en compte de ces éléments oblige les employeurs établis dans d'autres Etats membres à verser en plus du salaire horaire normal d'autres éléments de rémunérations. Cela aboutit « *à des coûts salariaux plus élevés que ceux que doivent payer les employeurs allemands à leurs salariés* ». Les employeurs établis dans d'autres Etats membres se voient donc empêcher de proposer leurs services en Allemagne. La Commission admet que l'Etat est libre de déterminer selon la Directive le taux de salaire minimal mais il ne peut en comparant ce taux et la rémunération versée par l'employeur d'un autre Etat membre imposer sa propre structure de rémunération.

La Cour va reprendre une distinction proposée par la législation allemande. Il s'agit de considérer « *la modification ou l'absence de modification du rapport entre la prestation du travailleur et la contrepartie que celui-ci perçoit* ».

B. QUAND L'ÉGALITÉ SALARIALE L'EMPORTE SUR LA LIBERTÉ ÉCONOMIQUE

La détermination du salaire est cruciale car c'est sur ce point que se focalise le plus souvent la lutte contre la concurrence sociale déloyale.

Dans un récent arrêt de la CJUE de février 2015¹³³, la Cour tranche entre la protection des travailleurs et la libre prestation de services¹³⁴.

Dans cette affaire, la société polonaise ESA a détaché 186 travailleurs, sous contrats de travail régis par le droit polonais, auprès de sa succursale finlandaise en vue d'une prestation de travail relevant du secteur de la construction.

Les travailleurs détachés, constatant que la rémunération minimale prévue par les conventions collectives finlandaises de leurs branches (électrification et installations techniques du bâtiment)

¹³³ CJUE, C-396/13, 12 février 2015, Sähköalojen ammattiliitto

¹³⁴ La Cour de justice européenne se prononce pour l'égalité des salaires entre nationaux et détachés, 16 février 2015, Institut de la Protection Sociale Européenne.

ne leur avait pas été accordé, ont sollicité un syndicat finlandais auquel ils ont cédé individuellement leurs créances, afin qu'il en assure le recouvrement.

Devant le tribunal de première instance finlandais, le syndicat soutient que lesdites conventions collectives prévoient un calcul de la rémunération minimale des travailleurs fondé sur des critères plus favorables que ceux appliqués par ESA, tels que le classement des travailleurs par groupes de rémunération, l'octroi de pécules de vacances, d'indemnité journalière, d'indemnité de trajet, la prise en charge de l'hébergement. Quant à la société ESA, elle fait valoir que le syndicat finlandais ne dispose pas de la qualité à agir au nom des travailleurs détachés, au motif que le droit polonais interdit la cession de créances découlant d'une relation de travail.

Ayant quelques doutes sur l'interprétation du droit de l'UE, la juridiction finlandaise décide de surseoir à statuer, afin d'interroger la CJUE notamment sur la capacité à agir du syndicat finlandais et le taux de salaire minimal applicable aux salariés détachés.

Outre la question relative à la capacité d'agir de l'organisation syndicale, cette affaire concernait la détermination des éléments de rémunération participant ou non de la notion de salaire minimal¹³⁵. La Cour indique que le salaire minimal garanti peut reposer sur un calcul à l'heure ou à la tâche, fondé sur un classement des travailleurs en groupes de rémunération de l'Etat d'accueil, dès lors que ce mode de calcul est prévu par les conventions collectives pertinentes au sein de l'Etat membre de détachement. Elle précise toutefois que les règles de calcul doivent être contraignantes et répondre « *aux conditions de transparence, ce qui implique, notamment, qu'elles soient accessibles et claires* »¹³⁶.

La Cour ajoute à cela que les règles de classement en vigueur dans l'Etat membre d'accueil ne doivent s'appliquer aux travailleurs détachés que pour autant qu'elles leur sont plus favorables. Dans ses conclusions, la Cour admet qu'une « *indemnité journalière, doit être considérée comme faisant partie du salaire minimal dans des conditions identiques à celles auxquelles est soumise l'inclusion de cette indemnité dans le salaire minimal versé aux travailleurs locaux à l'occasion d'un détachement de ceux-ci à l'intérieur de l'Etat membre concerné* ».

¹³⁵ DRIGUEZ L., « Salaire minimal des travailleurs détachés », *Europe n°4*, avril 2015, comm. 160

¹³⁶ Ibid. note 132, Point 45

La Cour considère que cette indemnité journalière, qu'elle qualifie « *d'allocation propre au détachement* »¹³⁷ est destinée à compenser forfaitairement les inconvénients dus au détachement, consistant dans l'éloignement du travailleur de son environnement habituel.

Dès lors que l'indemnité n'a pas pour objet la compensation de dépenses effectivement encourues en raison du détachement mais qu'elle présente ainsi que l'on pourrait le résumer, un caractère automatique, en quelque sorte forfaitaire, en lien avec l'exécution du travail, l'indemnité constitue une allocation propre au détachement, et fait partie du salaire minimal.

La décision de la Cour, tout en rendant plus lisible la détermination du salaire, pose également le choix entre égalité salariale et liberté économique. La Cour rappelle que la directive vise un double objectif : assurer une concurrence loyale entre les entreprises nationales et celles effectuant une prestation de services transnationale et protéger les travailleurs détachés en leur appliquant un noyau dur de règles impératives de protection minimal de l'Etat membre d'accueil.

La Cour relève que la « *définition des éléments constitutifs de la notion de salaire minimal est de la compétence de l'Etat membre d'accueil, dès lors qu'elle n'a pas pour effet d'entraver la libre prestation de services entre les Etats membres* ».

Cette décision, plutôt contraire à l'arrêt Laval, a été saluée par les défenseurs de l'égalité salariale et notamment par Véronica Nilsson¹³⁸. Selon cette dernière « *cet arrêt marque un début de rupture par rapport à la jurisprudence du cas Laval de 2007. Se basant sur la jurisprudence Laval, l'opinion de l'avocat général considèrerait le principe d'égalité salariale entre tous les travailleurs comme un obstacle à la libre prestation de services et une protection injustifiée du travail national. (...) La Cour s'est largement démarquée de cette opinion, et a considéré que le travailleur détaché doit être rémunéré au moins au même niveau qu'un travailleur national pour les mêmes tâches. C'est donc le principe de l'égalité salariale qui l'a emporté sur le dumping*

¹³⁷ Au sens de l'article 3, paragraphe 7, second alinéa de la directive 96/71/CE

¹³⁸ Secrétaire confédérale de la Confédération européenne des syndicats (CES)

social et la compétition à tout prix »¹³⁹.

Section 2 : Le combat contre les disparités salariales au sein l'UE

Lorsque les Etats fondateurs ont décidé de créer l'Europe, il existait alors peu de disparités sociales entre eux. Loin de dire que les salariés bénéficiaient des mêmes niveaux de salaire, les écarts existants étaient peu significatifs pour créer de véritables problèmes. C'est au cours des différents élargissements que les écarts se sont creusés déployant ainsi une carte des salaires montrant beaucoup de disparités salariales (I). Le dialogue social et plus particulièrement les organisations syndicales ont joué un rôle considérable, non pour remédier aux inégalités salariales existantes entre les différents pays européens, mais pour faire bénéficier tous les salariés d'une rémunération égalitaire pour un même emploi (II).

I. Les inégalités salariales dans l'UE

Depuis près d'un siècle, l'objectif d'égalité des rémunérations est inscrit dans le droit international (Constitution de l'Organisation Internationale du Travail de 1919). En France, dans le préambule de la Constitution de 1946, ce principe est rappelé et l'on est actuellement à près de dix lois sur l'égalité...

Pour autant, s'il y a bien un domaine récurrent en matière d'inégalité, c'est bien celui-ci : quelle que soit la façon de mesurer ces écarts, tout le monde s'accorde pour constater que les inégalités salariales persistent et résistent à tout. Les pratiques des acteurs tout comme le poids des stéréotypes, jouent un rôle incontestable dans les inégalités salariales.

L'étude relative à la détermination du salaire minimal concernant 9 Etats européens (Belgique,

¹³⁹ <http://www.euroipse.org/la-cour-de-justice-europenne-se-prononce-pour-l-egalite-des-salaires-entre-nationaux-et-detaches>, 16 février 2015

Allemagne, France, Pays-Bas, Pologne, Roumanie, Danemark, Italie, Suède)¹⁴⁰ montre que sur la détermination du salaire minimal, deux fonctionnements ressortent. Pour certains d'entre eux, le salaire minimal couvre l'ensemble de la population salariée et est fixé par les autorités publiques dans le cadre d'une consultation/négociation bipartite/tripartite ou par une combinaison des deux. Pour d'autres Etats, il s'agit d'une négociation par accord collectif au niveau sectoriel. S'agissant du salarié détaché, le taux de salaire minimal est donc déterminé par « *des techniques couvrant l'ensemble de la population soit par des accords au niveau sectoriel* ». Il faut ajouter à cela que certains éléments du salaire apparaissent dans certains secteurs d'activité et pas dans d'autres. C'est le cas notamment dans le transport ou dans le bâtiment où les primes de pénibilité ou la classification selon la qualification et l'expérience peuvent entrer dans la détermination du salaire.

Outre le problème résultant des différentes manières de définir le taux de salaire minimal, la question du déficit de main d'œuvre a pour conséquence de créer des inégalités de salaire. En France par exemple, le secteur de la construction requiert un fort recours aux salariés détachés car dans ce secteur existent des difficultés de recrutement et on constate une absence de main d'œuvre qualifiée pour l'emploi proposé. Les salariés polonais représentent la première nationalité de main d'œuvre détachée en France devant les salariés portugais, espagnols et les roumains¹⁴¹ et sont « prêts » à intégrer ces secteurs en déficit de main d'œuvre locale.

Compte tenu des disparités salariales entre les Etats, l'intérêt immédiat pour un salarié détaché est d'accepter d'être payé à un salaire inférieur au taux de salaire minimal de l'Etat de destination dès lors que ce montant demeure largement supérieur au taux de salaire habituel de son pays d'origine. C'est une obligation qui n'a pas d'impact pour un travailleur qui vient d'un pays riche pour travailler dans un pays pauvre.

On voit donc à travers cela que le noyau dur est véritablement une lutte contre le dumping social

¹⁴⁰ Study on wage-setting mechanisms and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Dir. 96/71/CE in a selected number of Member States and sectors

¹⁴¹ Trésor-Eco n°171, Concurrence sociale des travailleurs détachés en France : fausses évidences et réalités, juin 2013, p. 3

et non une recherche d'égalité entre les travailleurs.

Eurostat¹⁴² a établi un tableau comparatif entre les salaires minimums mensuels des différents pays membres de l'UE¹⁴³. Les contrastes sont frappant et l'écart le plus grand s'observe entre le salaire minimum mensuel bulgare qui s'élève à 174 euros et le salaire minimum mensuel luxembourgeois qui atteint aujourd'hui les alentours de 1 921 euros¹⁴⁴. 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 euros par mois (Bulgarie, Roumanie, Lettonie, Lituanie, République tchèque, Estonie, Hongrie, Slovaquie, Pologne et Croatie). Le second groupe rassemble cinq Etats membres dont le salaire minimum peut se qualifier d'intermédiaire, compris entre 500 et 1 000 euros par mois (Portugal, Grèce, Malte, Espagne et Slovénie). Enfin, le troisième groupe réunit six Etats membres dont le salaire minimum mensuel dépasse les 1 000 euros (Royaume Uni, France, Irlande, Pays Bas, Belgique et Luxembourg).

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'UE. A contrario, les pays dont les salaires sont les plus élevés font partie des Etats fondateurs.

Ces écarts pris de manière brute ne reflètent cependant pas totalement la réalité car il faut prendre en compte les standards du pouvoir d'achat des pays concernés¹⁴⁵.

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 sont les plus bas. A l'inverse, les pays du troisième groupe qui affichaient des salaires minimums élevés ont également un niveau de vie et un niveau des prix plus élevés. Les écarts des salaires minimums sont alors quelque peu effacés par la comparaison avec les niveaux de prix et de vie.

¹⁴² Office statistique de l'Union européenne

¹⁴³ http://epp.eurostat.ec.europa.eu/statistics_explained/index.php/Minimum_wage_statistics

¹⁴⁴ Chiffres de janvier 2014

¹⁴⁵ INSEE, 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. <https://www.insee.fr/fr/metadonnees/definition/c1191>

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 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 d'origine. Rapporté aux niveaux de vie et de prix en Bulgarie, l'avantage est considérable pour ledit salarié concerné.

Il convient de préciser que le salaire minimum est entendu comme étant brut¹⁴⁶. La CJUE a d'ailleurs confirmé que le salaire minimum se calcule sur le salaire brut¹⁴⁷. Le coût du travail se calcule en prenant en compte aussi bien la rémunération nette que les charges sociales afférentes. Le montant de ces charges sociales diffère considérablement d'un Etat à un autre. Ainsi, le montant total des charges sociales patronales en Croatie s'élève à 17,2% contre 31,1% en Espagne. La France a quant à elle un montant de charges sociales dépassant les 40%.

Il faut là aussi apporter une atténuation quant à la protection sociale offerte pour les différents pays européens. Certaines charges sociales intègrent des charges liées à la retraite tandis que d'autres non.

Tout ce qui relève de la protection sociale n'est pas réglementé par la directive 96/71/CE mais par les règlements de coordination des systèmes de sécurité sociale¹⁴⁸. Ces règlements posent le principe du rattachement du salarié détaché au régime de sécurité sociale de son pays d'envoi. La détermination du salaire brut est par conséquent soumise au principe du pays d'accueil tandis que les charges sociales relèvent du pays d'envoi.

Or, le dumping social dépend globalement du coût du travail et par conséquent à la fois du salaire

¹⁴⁶ INSEE : Le salaire brut correspond à l'intégralité des sommes perçues par le salarié au titre de son contrat de travail, avant toute déduction de cotisations obligatoires.

¹⁴⁷ CJCE, C-341/02, 14 avril 2005, Commission/Allemagne

¹⁴⁸ Règlement n°883/2004 du 29 avril 2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale et Règlement n°987/2009 du 16 septembre 2009 fixant les modalités d'application du règlement n°883/2004 précité.

et des cotisations sociales. La directive 96/71/CE, dont l'objectif affirmé est de lutter contre le dumping social élimine donc de son champ d'action la question des charges sociales alors qu'elles sont également au cœur de cette problématique. 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 du dumping social qui existent actuellement au sein de l'UE.

II. Le dialogue social freiné par le juge européen

La question de l'action syndicale paraît évidente et pourtant une action collective au profit du droit des salariés ne semble pas être en adéquation avec la libre prestation de services.

Il convient de revenir sur les célèbres arrêts qui ont marqué la situation du travailleur détaché. En décembre 2007, précisément les 17 et 18, la Cour de justice de l'Union européenne¹⁴⁹ a rendu ses décisions concernant les affaires Viking et Laval.

Dans le cadre de l'affaire Laval¹⁵⁰, des organisations syndicales avaient établi un blocus et un boycott de la société Laval qui ne rémunérait pas ses salariés détachés selon les conditions minimales prévues par les conventions collectives du bâtiment applicables en Suède¹⁵¹. Il s'agissait donc de savoir si une organisation syndicale suédoise était en droit d'imposer à une entreprise lettone, détachant des salariés en Suède, des conditions de salaire résultant d'une convention collective sectorielle.

Les faits en cause dans l'affaire Viking étaient relatifs à l'immatriculation d'un navire appartenant à la société Viking et assurant la liaison maritime entre Tallinn et Helsinki. Ce ferry,

¹⁴⁹ Alors encore dénommée CJCE

¹⁵⁰ Société de droit lettone qui a détaché en Suède entre mai et décembre 2004 des salariés pour l'exécution de chantiers pour la construction d'un établissement scolaire.

¹⁵¹ SCHMITT M., *Droit du travail de l'Union européenne*, Larcier, 2012, pp. 177-180

pavillon finlandais, applique les conditions de travail du droit finlandais. Il est en concurrence direct avec d'autres navires estoniens qui effectuent cette même liaison. La problématique repose sur l'application du droit du travail estonien pour ces autres navires car la rémunération des salariés navigant est inférieure aux salariés finlandais. Face à cette concurrence, la société Viking envisage de changer l'immatriculation de son navire et de l'enregistrer en Estonie aux fins de bénéficier des mêmes conditions de travail, moins coûteuses que les conditions finlandaises, pour ses salariés. Les syndicats s'organisent donc et dans leur lutte des pavillons de complaisance, ils menacent la société Viking de faire grève. Ils encouragent également les adhérents des syndicats à ne pas négocier avec la société Viking.

En réponse à cette question générale qu'est la place du droit de grève au sein de la liberté d'établissement et de libre prestation de services, la Cour est venue préciser que « *les articles 49 CE et 3 de la directive 96/71/CE s'opposent à ce que, dans un Etat membre dans lequel les conditions de travail et d'emploi concernant les matières visées à l'article 3 §1, 1^{er} alinéa, sous a) à g), de cette directive figurent dans des dispositions législatives, à l'exception des taux de salaire minimal, une organisation syndicale puisse tenter de contraindre, par une action collective prenant la forme d'un blocus de chantiers, un prestataire de services établi dans un autre Etat membre à entamer avec elle une négociation sur les taux de salaire devant être versés aux travailleurs détachés [...]* ».

La Cour va rappeler le droit fondamental que constitue le droit de grève et que le droit de mener une « *action collective peut constituer une raison impérieuse d'intérêt général dès lors qu'elle a pour but la protection des travailleurs de l'Etat d'accueil contre une éventuelle pratique de dumping social* »¹⁵². Cette raison impérieuse d'intérêt général permet alors de restreindre l'application d'une liberté fondamentale garantie par le traité, en l'espèce la libre circulation. La Cour vient par la suite préciser que ce droit fondamental de libre circulation, sur lequel repose en partie le marché intérieur, doit être mis en balance avec la protection des travailleurs. Elle reconnaît qu'une action collective, en l'espèce un blocus, menée par une organisation syndicale visant à garantir aux salariés détachés des conditions de travail et d'emploi identiques aux salariés

¹⁵² CJCE, 17 décembre 2007, Laval un Partneri Ltd, C-341/05

locaux relève de l'objectif de protection des travailleurs.

Dans le cadre de l'affaire Viking, la Cour précise qu'il « *ne saurait être contesté qu'une action collective telle que celle envisagée par FSU a pour effet de rendre moins attrayant voire inutile (...), l'exercice par Viking de son droit de libre établissement, en ce qu'elle empêche cette dernière ainsi que sa filiale (...) de bénéficier, dans l'Etat membre d'accueil, du même traitement que les autres opérateurs économiques établis dans ce Etat.* »

Dans ces deux affaires, la conclusion de la Cour est assez transparente : « *l'action collective est par définition restrictive de droits et elle restreint la liberté d'établissement et la libre prestation de services* »¹⁵³.

On peut toutefois se demander, comme l'ont fait Sylvaine Laulom et Florence Lefresne, si la CJCE n'aurait pas pu prendre le parti inverse c'est à dire envisager en quoi la libre prestation de services et la liberté d'établissement enfreignaient le principe fondamental qu'est le droit de grève. Le raisonnement pris par la Cour fait clairement apparaître que la priorité est donnée aux libertés économiques et que l'objectif pour la Cour est de déterminer ce qui y fait obstacle.

La Cour exerce un contrôle de proportionnalité quant à savoir si l'action collective est propre à « *garantir la réalisation de l'objectif poursuivi* ». A travers ce contrôle, la Cour donne des indications au juge national pour déterminer si l'action collective est justifiée au regard de l'objectif poursuivi. « *Elle reconnaît que les actions collectives et les conventions collectives peuvent constituer l'un des moyens principaux pour les syndicats de protéger les intérêts de leurs membres* ».

« *La Cour engage les juridictions nationales à opérer un contrôle des motifs du recours à la*

¹⁵³ LAULOM S., 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*, Avril 2009, n°63, p. 127-152, <http://www.cairn.info/revue-de-l-ires-2009-4-pages-127.htm>

grève, lorsque son exercice entre en conflit avec l'une des libertés garanties par le traité. Au-delà des motifs, le contrôle devrait également porter sur l'opportunité même de déclencher un mouvement de grève qui ne pourrait intervenir qu'en dernier recours ».

« La Cour admet largement la légitimité du recours à la grève, mais elle laisse la porte ouverte à des appréciations nationales plus ou moins strictes des motivations des mouvements ».

S'agissant de la convention collective, *« les arrêts Laval et Rüffert démontrent que les règles déterminant les minima sociaux peuvent prendre d'autres formes, mais la Cour dénie à ces règles toute protection, alors même qu'elles peuvent limiter des formes de dumping social comme les faits de ces arrêts le montrent clairement ».*

Dans l'affaire *Laval*, les syndicats revendiquent une obligation pour le prestataire de services à respecter les salaires minima définis par des conventions collectives non obligatoires mais en application dans le secteur concerné. Les conditions prévues par les conventions collectives en question vont selon la Cour au-delà du noyau dur de règles prévues par la Directive. La conséquence est donc que les prestataires de services des autres Etats membres n'ont pas à respecter les taux conventionnels de salaire minimal en vigueur dans le pays d'accueil mais le plus incroyable est que les organisations syndicales ne peuvent pas engager d'actions pour inciter ces prestataires de services à adhérer aux conventions collectives du pays d'accueil, en l'occurrence la Suède.

Il s'agit également de citer un autre arrêt important qu'est l'arrêt *Commission c/ Grand-Duché de Luxembourg*¹⁵⁴. En l'espèce, une loi du Land de Basse-Saxe relative à la passation des marchés publics prévoit que les contrats de travaux ne peuvent être attribués qu'aux entreprises qui s'engagent par écrit à verser à leurs salariés, au minimum, la rémunération prévue par la convention collective applicable. *« En effet, la détermination du salaire minimum dans le secteur de la construction est régie par une convention collective nationale prévoyant un salaire minimal et qui est déclarée d'application générale. Cette convention est complétée par des accords*

¹⁵⁴ CJCE, 19 juin 2008, Commission des Communautés européennes c/ Grand-Duché de Luxembourg, C-319/06

collectifs régionaux qui ne font pas l'objet d'une telle déclaration et qui fixent des niveaux de salaires plus élevés que la convention nationale ainsi qu'une grille des salaires plus détaillée. La loi en cause cherche donc à privilégier les accords régionaux par le mécanisme traditionnel de la passation des marchés publics »¹⁵⁵.

Un appel d'offres est passé pour la construction d'un établissement pénitentiaire. Le marché est attribué à une entreprise qui va faire appel à un sous-traitant polonais. Le prestataire polonais n'appliquait pas la convention collective applicable et les salariés travaillant sur ce chantier ne percevaient donc que 46,5% du salaire minimal prévu. Le contrat de sous-traitance a été résilié sur ce motif.

La Commission reproche au Grand-Duché d'avoir opté pour une transposition trop protectrice des salariés, se souciant trop de l'égalité de traitement entre les salariés luxembourgeois et les salariés détachés d'un autre pays. Le Grand-Duché de Luxembourg a fait valoir que les conditions de travail et d'emploi relevaient de « *dispositions d'ordre public* », telles que prévues par la directive 96/71¹⁵⁶.

A cette question de l'ordre public, la Cour tient à rappeler, notamment en faisant référence à l'arrêt *Arblade*¹⁵⁷, que « *la qualification de dispositions nationales de lois de police et de sûreté par un État membre vise les dispositions dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci.*

Dès lors, contrairement à ce que soutient le Grand-Duché de Luxembourg, l'exception d'ordre public constitue une dérogation au principe fondamental de la libre prestation des services, devant être entendue strictement et dont la portée ne saurait être déterminée unilatéralement par les États membres.

¹⁵⁵ Ident. Note 152

¹⁵⁶ Article 3, paragraphe 10, premier tiret : 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 ;

¹⁵⁷ CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade e.a.*, C-369/96 et C-376/96, Rec. p. I-8453, point 30

Dans le contexte de la directive 96/71, l'article 3, paragraphe 10, premier tiret, de celle-ci constitue une dérogation au principe selon lequel les matières dans lesquelles l'État membre d'accueil peut imposer sa législation aux entreprises qui détachent des travailleurs sur son territoire sont limitativement énoncées à l'article 3, paragraphe 1, premier alinéa, de cette directive. Cette première disposition doit, par conséquent, faire l'objet d'une interprétation stricte ».

La Cour a estimé que cette loi était contraire à la Directive 96/71 du 16 décembre 1996, interprétée à la lumière de l'article 49 CE qui pose le principe de la libre prestation de services.

Le dumping social n'était pas en cause dans ce dernier arrêt mais d'une certaine manière la Cour admet tout de même une légitimité dans une inégalité de salaire. La Cour « *admet en effet au nom de la libre prestation de services et de la libre concurrence que les travailleurs polonais détachés soient payés en l'espèce 53,5% de moins que les travailleurs qui vont, eux, bénéficier de la convention collective de Basse-Saxe* ».

Section 3 : L'égalité salariale au cœur de la révision de la Directive de 96

Le combat mené par les organisations syndicales et l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice quant aux droits des travailleurs détachés a eu une incidence sur la proposition de révision de la directive détachement. Les détournements de la directive ont conforté cette nécessité de révision mais on constate que la Commission européenne souhaite intégrer le principe d'égalité salariale (I). La Commission sera toutefois confrontée aux revendications des pays d'Europe centrale qui n'entendent pas adopter rapidement et selon les conditions de la Commission une nouvelle directive détachement (II).

I. Une révision de la directive détachement aux mains de la Commission européenne

Après plus de 20 années d'existence, la directive détachement a montré ses lacunes et doit être révisée même si cela doit provoquer de nombreuses discussions tendues entre les Etats (A). Cette

révision s'accompagnera peut-être de la mise en œuvre du principe « à travail égal, salaire égal » (B).

A. UNE RÉVISION INDISPENSABLE

La directive 96/71/CE du 19 décembre 1996 a été négociée puis mise en œuvre à la suite du premier élargissement de l'UE à l'Espagne et au Portugal.

Suivra un élargissement rapide et conséquent vers les pays de l'Est mais cet élargissement sera l'objet de tensions entre les Etats membres et notamment relativement au cas des salariés détachés et aux disparités qui existent en matière de rémunération et de protection des salariés au sein du marché intérieur.

L'UE avait fait un premier pas concernant le salarié détaché en adoptant la directive du 15 avril 2014 dont les objectifs étaient essentiellement de lutter contre la fraude et améliorer la coopération entre les Etats à travers une transparence des conditions de travail. Malgré les avancées de cette directive, dont le délai de transposition s'est achevé en 2016¹⁵⁸, elle s'avère d'ores et déjà insuffisante pour combattre le détachement illégal dès lors qu'elle ne donne pas de moyens nouveaux aux États membres pour assurer l'effectivité de leur droit.

On constate une augmentation du nombre de travailleurs détachés de pays de l'Est vers la France ou l'Allemagne. Les salariés détachés étaient 600 000 en 2007, 1 million en 2010 et 1,9 million en 2014. La moitié vient d'un pas à bas coût salarial et va travailler dans un pays à moyen ou haut niveau de salaire. Suite aux élargissements de l'UE, les écarts de salaire dans l'UE sont passés de 1 sur 3 avant l'élargissement de 2004 à 1 sur 10 aujourd'hui. Il apparaît également que dans certains secteurs d'activité, les travailleurs locaux sont remplacés par des travailleurs détachés. La France est particulièrement concernée par le détachement car elle se situe à la 3^e position des pays pourvoyeurs de salariés détachés mais accueille également un grand nombre de travailleurs détachés.

¹⁵⁸ L'article 23 de la directive prévoyait un délai de transposition courant jusqu'au 18 juin 2016

Outre les problématiques liées à l'égalité salariale et au droit de grève, le travailleur détaché se place au cœur d'une polémique plus générale de repli identitaire. « *Le conflit de Lindsey illustre clairement la difficulté de trouver une conciliation entre les dimensions économique et sociale dans la construction européenne* »¹⁵⁹. En 2009, sur le site pétrolier de Lindsey, l'entreprise Total choisit de faire appel à un sous-traitant italien afin d'accroître ses capacités de production. A l'heure où un sous-traitant du groupe vient de licencier des centaines d'ouvriers britanniques, les ouvriers italiens et portugais détachés pour ce chantier arrivent sur le site. Le Royaume-Uni se trouve à cette époque dans une grave période de récession et d'augmentation du chômage. La réaction des ouvriers britanniques est alors immédiate et une série de grèves s'organise. Le 28 Janvier 2009 marque le début d'une série de grèves « *sauvages* », c'est-à-dire de mouvements sociaux « non autorisés » par les syndicats. Les grèves sont « non autorisées » dans la mesure où les syndicats concernés ont refusé de donner leur autorisation au mouvement social¹⁶⁰. Le slogan des grévistes britanniques « *British workers for British jobs* » (« des travailleurs britanniques pour des emplois britanniques ») est alors repris dans tout le pays jusqu'à ce que Total s'engage à recruter 102 salariés natifs du Royaume-Uni. Mais entre le 19 et le 21 mai, ils étaient repartis en grève, cette fois par solidarité envers des collègues du pays de Galles qui voyaient des ouvriers polonais leur faire concurrence¹⁶¹. Le mouvement de grève engagé par les ouvriers britanniques n'est ici pas lié à une volonté de traitement égalitaire entre les locaux et les « détachés » mais bien au contraire de défendre l'emploi local.

Le 8 mars 2016, la Commission européenne a présenté une révision ciblée des règles relatives au détachement de travailleurs¹⁶². La Commission européenne a depuis plusieurs années pris le parti

¹⁵⁹ BARNARD B. et al, « « Des emplois britanniques pour les travailleurs britanniques » : le conflit de la raffinerie Total à Lindsey », *L'Homme et la société*, 2011/4 (n° 182), p. 139-161, <http://www.cairn.info/revue-l-homme-et-la-societe-2011-4-page-139.htm>

¹⁶⁰ En vertu de la section 21 du Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act de 1992.

¹⁶¹ MALINGRE V., « En Grande-Bretagne, Total licencie 647 ouvriers dans une raffinerie pour grève sauvage », *Le Monde*, 22 juin 2009, p. 12

¹⁶² Commission européenne, Réforme de la directive concernant le détachement de travailleurs – vers un marché du travail approfondi et plus équitable, Strasbourg, 8 mars 2016

de promouvoir le principe d'une rémunération identique pour un même travail effectué au même endroit. La proposition relative à la révision de la directive vise à « *faciliter le détachement de travailleurs dans un environnement de concurrence loyale et de respect des droits des travailleurs, qui sont employé dans un Etat membre* ». Marianne Thyssen, commissaire pour l'emploi, les affaires sociales, les compétences et la mobilité des travailleurs vient ajouter à cela : « *J'ai dit, dès le début de mon mandat, que nous devons faciliter la mobilité de la main-d'œuvre, mais qu'il fallait le faire de façon équitable. La proposition d'aujourd'hui créera un cadre juridique clair, équitable et facile à appliquer en matière de détachement* »¹⁶³.

Le Parlement européen retient de son côté les arrêts de 2007 et 2008 de la Cour de justice et déplore les orientations qu'avait prises à l'époque la Commission quant au droit syndical et à l'égalité de rémunération due aux salariés détachés. Dans une résolution du 14 septembre 2016¹⁶⁴ le Parlement européen est intervenu auprès de la Commission pour lui demander de travailler sur une véritable égalité de traitement et de non-discrimination. Considérant la primauté des droits fondamentaux, il demande à la Commission mais également aux Etats membres de « *soutenir et de renforcer le dialogue social qui joue un rôle essentiel dans l'élaboration de conditions de travail de qualité* ». Il souligne que « *l'ensemble du droit de l'Union et de ses documents stratégiques doivent respecter les droits et libertés syndicaux, les conventions collectives et défendre l'égalité de traitement des travailleurs* ». Le Parlement souligne enfin que « *l'aggravation des inégalités en Europe compromet la réalisation des objectifs d'Europe 2020 en matière de pauvreté et d'emploi* ».

La révision de la directive vise à diminuer voir empêcher tout dumping social dans le cadre du détachement. Il s'agit en effet de lutter contre les pratiques déloyales. Face à l'élargissement de l'Europe, les écarts salariaux se sont creusés et les entreprises profitent alors de ces écarts pour

¹⁶³ Ibid. note 161

¹⁶⁴ Parlement européen, Dumping social dans l'Union européenne, Résolution du Parlement européenne du 14 septembre 2016, 2015/2255(INI)

créer une concurrence déloyale. Comme le précise Piermario Mattera¹⁶⁵, la réglementation européenne n'oblige qu'au respect du taux de salaire minimum prévu dans le pays d'accueil et il existe entre le pays détachant et le pays d'accueil parfois des écarts conséquents entre le salaire d'un salarié détaché et le salaire d'un salarié national.

Les écarts salariaux conduisent à une concurrence déloyale « *ce qui nuit au bon fonctionnement du marché unique* ». Par ailleurs, il s'agit de rétablir une égalité salariale entre salariés détachés et salariés locaux ce qui constitue une protection des travailleurs européens.

La proposition de révision s'oriente vers trois domaines : la rémunération des salariés détachés, les règles relatives aux entreprises de travail temporaire et la question du détachement de longue durée.

B. « À TRAVAIL ÉGAL SALAIRE ÉGAL »...EN DEMI-TEINTE

S'agissant plus spécifiquement de la problématique de la rémunération, la modification principale porte sur cet élément épineux qu'est le taux de salaire minimal. Nous avons pu voir précédemment que la Directive entretenait jusque-là le flou concernant la définition de ce terme et conduisait à une insécurité juridique (les Etats étant souverains quant à sa définition).

Le nouveau texte introduit trois grands changements¹⁶⁶ : « *il supprime la référence aux activités visées en annexe au second tiret*¹⁶⁷ ; *il remplace la notion de taux de salaire minimal par une référence à la rémunération ; il ajoute un nouvel alinéa imposant aux Etats membres l'obligation*

¹⁶⁵ MATTERA P., « Les dossiers européens : Actualités en bref », *Revue du Droit de l'Union Européenne*, Février 2016, p. 357 - 363

¹⁶⁶ Idem note 164

¹⁶⁷ Les activités visées en annexe étaient les suivantes : les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos ; la durée minimale des congés annuels payés ; les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires ; les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire ; la sécurité, la santé et l'hygiène au travail ; les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes ; l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination.

de publier des informations relatives aux éléments constitutifs de la rémunération.

Le premier changement rend les conventions collectives d'application générale au sens de l'article 3, paragraphe 8, applicable aux travailleurs détachés dans tous les secteurs de l'économie, que les activités soient visées ou non à l'annexe de la directive (ce qui est actuellement le cas uniquement pour le secteur de la construction).

Il relève de la compétence des Etats membres de fixer des règles relatives à la rémunération conformément à leur législation et à leurs pratiques. La deuxième modification implique que les règles relatives à la rémunération applicable aux travailleurs locaux, découlant de la législation ou de conventions collectives d'application générale au sens de l'article 3, paragraphe 8, s'appliquent également aux travailleurs détachés.

Enfin le nouvel alinéa impose aux Etats membres l'obligation de publier sur le site internet visé à l'article 5 de la directive 2014/67/UE les éléments constitutifs de la rémunération des travailleurs détachés ».

La révision relative au taux de salaire minimal implique « l'application des mêmes règles relatives à la rémunération en vigueur dans l'Etat membre d'accueil, conformément à la loi ou aux conventions collectives ». Il s'agit donc en d'autres termes s'agissant de la rémunération de faire bénéficier les salariés détachés des mêmes conditions de rémunérations que les salariés locaux.

La Confédération européenne des syndicats (CES) a exprimé son soutien quant à la révision de la directive qui garantirait un principe d'égalité de rémunération entre les salariés. La CES « appelle toutefois la Commission à respecter le principe d'autonomie des partenaires sociaux en matière de négociation des rémunérations et la pluralité des systèmes nationaux de relation du travail en établissant des dispositions sur les éléments constitutifs du salaire ayant pour effet de privilégier les conventions collectives plutôt qu'à l'échelle d'un secteur »¹⁶⁸.

¹⁶⁸ Proposition de directive du Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 96/71/CE du Parlement et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, COM(2016) 128 final, 2016/0070 (COD)

Le salaire se composant de différents éléments, la proposition de révision s'attache également à ce que les règles applicables aux locaux relativement aux primes ou à la prise en compte de l'ancienneté soient également applicables aux salariés détachés. Il sera par conséquent demandé aux Etats de clarifier les éléments constitutifs du taux de salaire minimal. Cela garantit un traitement égalitaire en matière de règles de rémunération.

A travers cette révision il ne s'agit pas de porter atteinte à la compétence des États membres quant à la détermination des salaires, mais de tendre à ce que les travailleurs détachés soient rémunérés selon les mêmes règles que les travailleurs locaux. L'objectif de la Commission est de réduire les écarts salariaux qui ont considérablement augmenté depuis 1996. Dans certains secteurs et dans certains États membres, les salaires versés aux travailleurs détachés peuvent ainsi être jusqu'à 50 % inférieurs à ceux des travailleurs locaux.

La Commission avait vendu le slogan « *à travail égal, salaire égal* » pourtant la proposition de révision n'impose pas le respect des niveaux de salaire pratiqués dans le pays d'accueil¹⁶⁹. Il ne s'agit en effet que d'accorder aux salariés détachés les mêmes avantages que les salariés locaux. La prise en charge du logement, l'octroi de bons d'alimentation devront être accordés aux travailleurs détachés selon les mêmes conditions que les salariés locaux. On s'oriente plutôt vers une protection minimale plutôt qu'une protection égale¹⁷⁰.

II. Le blocage des pays d'Europe centrale

A. LES PAYS D'EUROPE CENTRALE VERS UNE PLUS GRANDE LIBERTÉ DU DÉTACHEMENT

¹⁶⁹ LALANNE S., « La réforme du régime des détachements de travailleurs face à la divergence des intérêts nationaux », *Revue Lamy Droit des Affaires*, n°121, 1^{er} décembre 2016, pp. 6

¹⁷⁰ LHERNOULD J.-P., PALLI B., « Révision de la directive n°96/71/CE : much ado about nothing », *Droit social*, 2016, p. 621

Suite à la proposition de révision de la directive de 1996 relative au détachement des travailleurs, onze Etats Membres de l'UE¹⁷¹ ont déclenché, le 10 mai 2016, la procédure dite du « *carton jaune* » prévue par le Traité de Lisbonne. Ce mécanisme peut être actionné lorsqu'un tiers des 28 Parlements nationaux estime qu'une proposition législative de l'UE entrave le principe de subsidiarité. Les principaux arguments des opposants à la proposition de directive tiennent au refus du principe « à salaire égal, travail égal sur le même lieu de travail » qui entraverait la compétence nationale de détermination des rémunérations.

Dans le cadre des compétences non exclusives de l'Union, le principe de subsidiarité¹⁷², inscrit dans le traité sur l'Union européenne, définit les conditions dans lesquelles l'Union dispose d'une priorité d'action par rapport aux États membres. Le principe de subsidiarité et le principe de proportionnalité régissent l'exercice des compétences de l'Union européenne. Dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive de l'Union européenne, le principe de subsidiarité entend protéger la capacité de décision et d'action des États membres, et il légitime l'intervention de l'Union si les objectifs d'une action ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres, mais peuvent l'être mieux au niveau de l'Union, « en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée ».

Aux termes de l'article 5, paragraphe 3, deuxième alinéa, et de l'article 12, point b), du traité UE, les parlements nationaux veillent au respect du principe de subsidiarité conformément à la procédure prévue dans le protocole n° 2. Les Parlements nationaux disposaient d'un délai maximal de huit semaines, à compter de la date de transmission d'un projet d'acte législatif, pour s'exprimer à compter de la transmission du projet d'acte législatif. Ces derniers doivent pour cela exposer les raisons pour lesquelles ils estiment que le projet en cause ne respecte pas le principe de subsidiarité. Lorsque des avis motivés émanent d'au moins un tiers des voix attribuées aux parlements nationaux¹⁷³, le projet doit être réexaminé. L'institution dont émane le projet d'acte

¹⁷¹ Bulgarie, Danemark, Croatie, Estonie, Hongrie, Lettonie, Lituanie, Pologne, République tchèque, Roumanie, Slovaquie

¹⁷² Fiches techniques de l'Union européenne, *Le principe de subsidiarité*

¹⁷³ Une voix par chambre pour les parlements bicaméraux, deux voix pour les parlements monocaméraux

législatif, en l'espèce la Commission, peut décider soit de maintenir le projet, soit de le modifier, soit de le retirer, en motivant cette décision.

En réponse à ce « carton jaune », la commissaire à l'emploi, aux affaires sociales, aux compétences et à la mobilité des travailleurs, Marianne Thyssen, a déclaré : *«La voix des parlements nationaux revêt une grande importance politique pour la Commission et je les remercie vivement de leur participation active. Nous avons soigneusement examiné l'ensemble des arguments exposés par les parlements nationaux et nous avons discuté avec eux de leurs inquiétudes. Tout bien considéré, nous sommes arrivés à la conclusion que notre proposition respecte pleinement le principe de subsidiarité et, par conséquent, nous la maintiendrons. Le détachement de travailleurs est une question, par définition, transfrontière. La Commission Juncker demeure résolument attachée à la libre circulation des personnes fondée sur des règles claires, équitables et appliquées sur le terrain.»*¹⁷⁴

La Commission réaffirme ainsi qu'il convient de définir, au niveau de l'Union européenne, des règles sur le détachement de travailleurs, comme c'est le cas depuis 1996. En outre, la proposition respecte pleinement et expressément la compétence des États membres de fixer les rémunérations conformément aux pratiques nationales.

Compte tenu de leur importance politique, la Commission maintiendra son dialogue politique avec les parlements sur ce dossier pendant les prochains mois, tout au long de la procédure législative. La décision de ce jour devrait permettre de faire avancer ce dossier au Conseil et au Parlement européen.

B. LE CAS PARTICULIER DU DÉTACHEMENT DANS LE CADRE DU TRANSPORT ROUTIER

¹⁷⁴ Communiqué de presse, Commission européenne, juillet 2016

Le secteur du transport routier¹⁷⁵ représente un problème s'agissant de la qualité des salariés. Le salarié routier est amené à circuler dans différents Etats membres de l'Union et la règle précise que les salariés employés dans l'UE hors de leur pays doivent être payés comme des travailleurs détachés. Ces derniers sont donc soumis aux minima locaux mais règlent les cotisations sociales - dans leur pays d'origine. Cette règle théorique n'est en pratique pas du tout appliquée par les Etats hormis en France, en Allemagne et en Autriche.

En mars 2016, des routiers polonais organisaient une manifestation en bloquant des routes, reprochant au gouvernement allemand de limiter le transport est-européen à travers l'obligation de respecter un salaire minimum. L'Allemagne, comme la France par ailleurs, n'ont pas attendu Bruxelles pour lutter contre le dumping social et placer ainsi sur un pied d'égalité¹⁷⁶ les salariés routiers allemands et les salariés détachés de l'Europe de l'Est.

La France de son côté dans le cadre de la loi Macron¹⁷⁷ et par décret du 7 avril 2016 à imposer aux entreprises de transport¹⁷⁸ établies dans un autre Etat membre de l'UE qui livrent ou déchargent en France le paiement d'une rémunération à hauteur du smic horaire. En outre, les salariés devront être en possession de leur contrat de travail et d'une attestation de détachement dont le durée de validité ne peut excéder six mois.

La réaction des pays de l'Europe de l'Est ne s'est pas fait attendre et la Pologne, en première ligne, a « encouragé » la Commission à prendre les mesures nécessaires contre les réglementations française et allemande. Le représentant polonais a en effet préciser qu'il redoutait que « *ces charges inutiles n'entraînent des pertes financières indues et significatives pour les transporteurs* »¹⁷⁹. La Pologne, soutenue par d'autres pays de l'Est¹⁸⁰ vient ensuite

¹⁷⁵ « Transport : le nouveau paquet routier », *Le Monde*, 2 juin 2017

¹⁷⁶ On parle ici d'égalité au sens où tous les salariés sont soumis au respect du salaire minimum. La volonté n'est en effet pas d'imposer une rémunération équivalente aux pratiques salariales allemandes dans ce secteur pour les salariés locaux.

¹⁷⁷ Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques. L'article 281 fixe les modalités de cette lutte contre la concurrence sociale déloyale.

¹⁷⁸ Détachant des salariés roulants ou navigants

¹⁷⁹ « Transport routier : la Pologne conteste les smic imposés par la France et l'Allemagne », *La Tribune*, 10 juin 2016, www.latribune.fr

préciser que les règles mises en place par l'Allemagne et la France sont « *disproportionnées et pourraient avoir un impact négatif sur le fonctionnement du marché intérieur* ». Une fois encore la mise en balance de la libre prestation de services et la protection des salariés semble pencher de manière claire vers la libre prestation de services. La réaction des salariés laisse à penser qu'il leur est préférable de travailler plutôt que de bénéficier d'un minimum légal pourtant imposé à d'autres entreprises et à d'autres salariés locaux.

Suite à cette affaire, l'Autriche¹⁸¹, elle aussi imposant le respect d'un salaire minimum aux entreprises européennes de transport, a fait l'objet d'une procédure d'infraction dans ce domaine particulier¹⁸². Afin de justifier la mise en œuvre de cette procédure, la Commission vient appuyer la réaction polonaise en précisant que l'application de la législation autrichienne « *constitue une restriction disproportionnée à la libre prestation de services ainsi qu'à la libre circulation des marchandises* ». La Commission a rappelé dans son communiqué de presse que la « *création d'un marché intérieur plus approfondi et plus équitable* » reste une priorité.

La Commission propose, pour unifier tout cela, que le détachement soit obligatoire dans toute l'Union européenne mais ce dispositif ne sera déclenché qu'au bout de trois jours de présence du salarié dans le pays étranger. Pour reprendre l'exemple du Monde, « *un chauffeur salarié par un transporteur polonais, livrant d'Allemagne en France, sera payé comme en Pologne tant qu'il reste trois jours au plus dans l'un des deux pays. Au-delà, il touchera le salaire minimum du pays traversé* ».

Proposition d'un paquet mobilité qui répond à 2 objectifs : la lutte contre le dumping social et la réduction de la pollution. Là encore les Etats de l'Union sont partagés et la polémique est lancée

¹⁸⁰ Hongrie, République Tchèque, Lituanie, Lettonie, Estonie, Bulgarie, Roumanie mais aussi trois pays d'Europe occidentale que sont l'Espagne, le Portugal et l'Irlande.

¹⁸¹ Mais également l'Allemagne et la France

¹⁸² Commission européenne, communiqué de presse, Transport routier : la Commission demande à l'Autriche de faire en sorte que sa législation sur le salaire minimum ne restreigne pas indûment le marché intérieur Bruxelles, 27 avril 2017

entre les pays de l'Alliance du routier¹⁸³ et les pays de l'Est et du Nord¹⁸⁴.

¹⁸³ Constituée de 9 Pays occidentaux (France - Autriche - Belgique - Danemark - Allemagne - Italie - Luxembourg - Suède et Norvège)

¹⁸⁴ Croatie - Estonie - Hongrie - Lettonie - Lituanie - Pologne - République Tchèque - Roumanie - Slovaquie

Chapitre 2 : La France face au salarié détaché

Avant de détailler les mesures prises par la France pour lutter contre la fraude liée au détachement de travailleurs il faut revenir sur l'année 2004 et l'échec de la ratification d'une « constitution » européenne par la France.

L'Union européenne reconnaît à cette époque les lacunes des traités d'Amsterdam et de Nice et on prévoit déjà l'adhésion d'un grand nombre de pays de l'ancien bloc de l'Est. On charge donc une Convention européenne d'examiner les questions essentielles soulevées par cet élargissement et d'y rechercher les différentes réponses possibles. *« L'Union va franchir une étape importante de son histoire. Il faut repenser, réajuster et réinventer le système en proposant une nouvelle Europe, une Europe du XXI^e siècle, projetée vers l'avenir. Telle est la mission de la Convention ».*¹⁸⁵

Le traité établissant une constitution pour l'Europe¹⁸⁶ devait régir le fonctionnement de l'Union européenne à partir du 1er novembre 2006.

Valéry Giscard d'Estaing¹⁸⁷ a mené les négociations en tentant de préserver le modèle social français et même de l'intégrer dans le projet de constitution. Concernant la libre circulation des travailleurs, le traité prévoyait que *« toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des Etats membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail est interdite »*¹⁸⁸.

La Constitution rappelait les valeurs sur lesquelles se fonde l'Union européenne. Le préambule du traité constitutionnel reconnaissait les "héritages culturels, religieux et humanistes de l'Europe", ainsi que la liberté, la démocratie, l'égalité et l'Etat de droit¹⁸⁹.

¹⁸⁵ Discours de Valéry Giscard d'Estaing, le 30 octobre 2002 à Rome

¹⁸⁶ Plus communément appelé « traité constitutionnel européen »

¹⁸⁷ Nommé à la Présidence de la Convention sur l'avenir de l'Europe par le Conseil européen de Laeken en décembre 2001

¹⁸⁸ Section 2, Sous-section 1, Article III-133 du traité instituant la constitution européenne

¹⁸⁹ Le préambule du traité constitutionnel européen poursuit ensuite : *« CONVAINCUS que l'Europe, désormais réunie au terme d'expériences douloureuses, entend avancer sur la voie de la civilisation, du progrès et de la prospérité, pour le bien de tous ses habitants, y compris les*

Le 31 décembre 2004 le Président Jacques Chirac annonça l'organisation d'un référendum pour ratifier le Traité constitutionnel européen : « *Entre le repli et l'ouverture, le choix que nous ferons sera décisif. Ce choix engage l'avenir de la France et de l'Europe. Il ne devra être altéré ou détourné par aucune autre considération.* ».

Le climat général n'avantageait pas particulièrement le "oui" notamment en raison de la très controversée directive Bolkestein du 12 décembre 2006 issue d'une proposition votée par le Parlement Européen le 13 février 2003 sur le Code du travail qui s'applique lors de prestations de service dans un pays européen. Ce qui a fait intervenir dans le débat référendaire l'énigmatique "plombier polonais" : « *Cette affaire est très grave, car la directive Bolkestein permet à un plombier polonais ou à un architecte estonien de proposer ses services en France, au salaire et avec les règles de protection sociale de leur pays d'origine. Sur les onze millions de personnes actives dans les services, un million d'emplois sont menacés par cette directive. Il s'agit d'un démantèlement de notre modèle économique et social* »¹⁹⁰.

C'était hors sujet et n'avait rien à avoir avec le TCE mais il n'empêche que les français ont dit "non" au projet de constitution européenne.

La France, qui a déjà posé les jalons de la rémunération, ne peut que constater la persévérance des fraudes et l'ingéniosité des entreprises pour déjouer les réglementations européenne et française. Elle a alors considéré qu'il lui faudrait ses propres armes pour lutter contre le dumping social qui sous-entendait l'arrivée massive de salariés low-cost sur son territoire, privant, selon certains, les salariés français du travail pourtant de plus en plus rare (Section 1). Le législateur n'a pas été le seul à construire ses barrières contre le dumping social. Les collectivités territoriales se sont également lancées dans la course, faisant naître la « clause Molière » (Section

plus fragiles et les plus démunis ; qu'elle veut demeurer un continent ouvert à la culture, au savoir et au progrès social ; et qu'elle souhaite approfondir le caractère démocratique et transparent de sa vie publique, et œuvrer pour la paix, la justice et la solidarité dans le monde ».

¹⁹⁰ Philippe de Villiers, dans *Le Figaro* du 15 mars 2005

2). On peut s'interroger quant aux dispositions prises par le législateur et par les collectivités territoriales si la France, face au salarié détaché, ne tend pas vers une forme de protectionnisme (Section 3).

Section 1 : La législation française relative au détachement

Il est une idée reçue qui persiste depuis que l'on parle du salarié détaché étranger c'est que le plombier polonais coûte moins cher qu'un plombier français. Pourtant les calculs de M^{me} Rabault viennent nuancer cette affirmation. « *Pour un salarié au smic, ce n'est pas le coût du travail qui explique la "montée" des travailleurs détachés. Le problème, c'est plutôt le travail dissimulé. Si vous avez des gens payés 35 heures qui en travaillent 50, cela ne va pas. Il faut respecter les règles* », précise-t-elle au *Monde*¹⁹¹. Désormais un salarié français rémunéré au smic revient à son employeur à 1 609 euros par mois. » À salaire égal, un travailleur détaché polonais coûterait 8,4 % de plus à son employeur (1 756 euros), un travailleur détaché espagnol 10 % de plus (1 788 euros) et un travailleur portugais 5,2 % de plus (1 697 euros).

La question des écarts du coût du travail étant quelque peu atténuée, il s'agit plutôt depuis 10 ans pour la France de créer un dispositif législatif permettant de lutter contre la fraude au détachement de travailleurs.

Après une première étape en 2005 (I), la France va créer chaque année à partir de 2014 de nouvelles dispositions afin de lutter contre le dumping social (II).

I. Une première étape législative qui va au-delà de la directive détachement

La France s'est montrée en avance par rapport aux autres Etats membres de l'UE quant à la question du salarié détaché.

¹⁹¹ Audrey Tonnelier, *Le Monde*, 06 juillet 2016,

Selon J.-P. Lhernould¹⁹², c'est en réaction à la jurisprudence *Rush Portuguesa*¹⁹³ que le Parlement a introduit en 1993 dans le Code du travail l'article L.341-5. Ce dernier précisait que « *sous réserve des traités et accords internationaux, lorsqu'une entreprise non établie en France effectue sur le territoire national une prestation de services, les salariés qu'elle détache temporairement pour l'accomplissement de cette prestation sont soumis aux dispositions législatives, réglementaires et conventionnelles applicables aux salariés employés par les entreprises de la même branche, établies en France, en matière de sécurité sociale, de régimes complémentaires interprofessionnels ou professionnels relevant du titre III du livre VII du code de la sécurité sociale, de rémunération, de durée du travail et de conditions de travail, dans les limites et selon des modalités déterminées par décret* ». L'objectif était clairement d'éviter que la liberté de prestation des services ne se concrétise par des écarts de coûts salariaux trop importants entre les différents Etats membres. Avec cette loi, la France avait anticipé la directive de 96, alors en phase de négociation.

Avec la loi du 2 août 2005, le législateur veut donc faire d'une pierre deux coups : achever la transposition de la directive 96/71 et, au-delà de la lutte contre la fraude, offrir une meilleure protection aux entreprises françaises (et à leurs salariés) ouvertes à la concurrence des prestataires de services étrangers. Désormais ancrée dans la partie législative du Code du travail aux articles L. 342-1 à L. 342-6, la réglementation sur le détachement transnational des travailleurs est plus complète et plus visible. Elle est aussi plus proche de la directive 96/71.

Avant la loi de 2005, le Code du travail ne définissait pas le salarié détaché. Pour combler cette lacune, l'article L. 342-2 nouveau affirme qu'« *est un salarié détaché au sens du présent chapitre 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 sol français dans les conditions définies à l'article L.*

¹⁹² LHERNOULD J.-P., « La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs, le plombier polonais est-il mort ? », *Droit Social*, 2005, p. 1191

¹⁹³ Qui concernait une entreprise portugaise effectuant en qualité de sous-traitant des travaux de construction en France

342-1 ».

Inspirée de l'article 2 de la directive 96/71, la définition française est néanmoins plus riche.

L'article 3 de la directive, intitulé « *conditions de travail et d'emploi* », dispose dans son § 1 que les États membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire les conditions de travail et d'emploi concernant les matières suivantes : a) les périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos ; b) la durée minimale des congés annuels payés ; c) les taux de salaire minimal, y compris ceux majorés pour les heures supplémentaires ; le présent point ne s'applique pas aux régimes complémentaires de retraite professionnels ; d) les conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire ; e) la sécurité, la santé et l'hygiène au travail ; f) les mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes ; g) l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination.

La loi de 2005 définit son propre « *noyau dur* » de règles impératives de protection minimale. Cette appellation de *noyau dur* de règles impératives permet de ne plus se préoccuper de l'application ou non de ce que l'on appelle une loi de police dont l'application est prévue à l'article 7 de la Convention de Rome. La qualification de « loi de police » a pour conséquence de permettre au juge national saisi d'appliquer sa propre loi et, dans des situations exceptionnelles, une loi étrangère, « *quelle que soit (...) la loi applicable au contrat* ».

La définition de la « loi de police » a été officialisée par la CJUE dans l'arrêt *Arblade et Leloup*¹⁹⁴. Est constitutive d'une loi de police la « *disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique* ».

La liste de l'article 3 § 1 présente donc l'avantage de désigner, dans le champ d'application de la directive 96/71, un noyau de règles impératives et par conséquent le juge national n'a plus à

¹⁹⁴ CJCE C-369/96 et C-376/96, 23 novembre 1999

s'interroger sur la notion de loi de police au sens de l'article 7 de la convention de Rome.

« La loi du 2 août 2005 démontre cependant que toutes les questions ne sont pas réglées, car le noyau dur de la directive 96/71 n'est pas dépourvu d'élasticité. Le législateur français a voulu tirer parti de cette propriété, avec un bonheur relatif »¹⁹⁵.

L'article L. 342-3 de 2005 procède également à quelques ajouts. S'agissant de la rémunération, la loi parle de « *salaire minimum et paiement de salaire* » alors que la directive parle de « *taux de salaire minimal* ».

A l'heure où les français comme les politiques sont inquiets de ne pouvoir réguler le marché de l'emploi, la loi cherche, à travers des mesures visant le salarié détaché étranger, à rassurer sur la capacité de la France à protéger ses entreprises et ses emplois contre des pratiques frauduleuses.

Cette loi apparaît comme une réaction à l'élargissement de l'Europe et à la déferlante de travailleurs étrangers sur son territoire, privant ainsi les français du précieux sésame qu'est le travail.

Loi de réaction et pour l'opinion, elle semble parfois faire oublier que la France s'est engagée, en tant qu'élément moteur, dans une construction européenne fondée sur les règles du marché. S'il est vrai que le droit communautaire fonctionne de manière complexe que son approche trop économique des questions sociales est parfois incompréhensible, notamment pour la détermination du statut social des travailleurs détachés, il fait partie du patrimoine juridique du juriste français et on ne saurait trop jouer avec lui, au risque de se retrouver dans une contradiction à la construction européenne.

Finalement, les difficultés autour de la directive 96/71 et du détachement transnational des travailleurs reflètent le déficit de la politique d'harmonisation sociale européenne, qui ne pourra se construire qu'avec plus d'Europe. En attendant, surfant sur la vague des incertitudes juridiques et pratiques du régime des travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services et sur

¹⁹⁵ Idem note 191

celle des disparités des législations sociales européennes, « *le plombier polonais, à supposer qu'il ait jamais été aperçu en France, a de beaux jours devant lui* »¹⁹⁶.

II. La mise en œuvre d'un arsenal législatif

Le point commun des lois qui se sont succédées à partir de 2014, réside dans la mise en œuvre d'une pression financière sur les entreprises étrangères. La finalité était avant tout d'encourager ces entreprises à se soumettre aux formalités relatives au détachement, par la menace de sanctions lourdes.

Entre 2005 et 2015, la problématique du plombier polonais semble être en sommeil dans l'actualité française. Pourtant la sujet est toujours présent mais c'est l'UE qui va donner le premier coup en tentant de pallier les lacunes de la directive de 96 à travers une directive d'exécution¹⁹⁷. Comme toute directive, le législateur français était dans l'obligation de la transposer dans son droit national. Là encore, le législateur français est en avance et transpose¹⁹⁸ les dispositions communautaires moins de trois mois après sa promulgation. Outre les dispositions prévues par le législateur européen, le législateur français souhaite intégrer des mesures « *plus ambitieuses et efficaces pour endiguer les fraudes protéiformes au détachement de travailleurs* »¹⁹⁹.

C'est d'ailleurs la jurisprudence qui appréhendera la première la question de la solidarité du maître d'ouvrage. La Cour d'appel de Chambéry²⁰⁰, dans un arrêt antérieur à la loi de

¹⁹⁶ LHERNOULD J.-P.. « Le plombier polonais est-il mort ? La loi du 2 août et le détachement transnational de travailleurs ». *Droit social*, Librairie technique et économique, 2005, pp.27. <halshs-00007680>

¹⁹⁷ Directive d'exécution de 2014

¹⁹⁸ Loi du 10 juillet 2014 dite Loi Savary

¹⁹⁹ SAVARY G., « Détachement des travailleurs : la construction européenne à l'épreuve des disparités sociales nationales », *Droit social*, 2016, p. 592

²⁰⁰ Cour d'appel de Chambéry, 7 novembre 2013

transposition de 2014, a condamné solidairement un maître d’ouvrage pour avoir eu recours à un sous-traitant dissimulant le détachement de travailleurs et soumettant les employés à des conditions de travail illégales.

Pour condamner le maître d’ouvrage, la Cour d’appel de Chambéry s’est servie des dispositions régissant le travail dissimulé et notamment celles ayant trait à l’obligation de vérification des déclarations de son sous-traitant²⁰¹, et à l’obligation de diligence à l’égard de l’administration lorsque celle-ci l’alerte sur l’irrégularité de son contractant²⁰².

A défaut d’enjoindre à son sous-traitant de se mettre en règle à l’égard de l’administration fiscale et sociale, le maître d’ouvrage est tenu solidairement avec son contractant au paiement des impôts, taxes, cotisations, rémunérations et charges afférentes au travail dissimulé.

Le corollaire n’existait pas en matière de fraude à la réglementation sur le travail détaché, et la Cour d’appel de Chambéry a pu condamner le maître d’ouvrage parce qu’outre les fraudes en matière de travail détaché, le sous-traitant exerçait un travail dissimulé (travailleurs non déclarés à l’administration fiscale et sociale).

La loi du 10 juillet 2014 étend donc le devoir de vigilance des donneurs d’ordre et des maîtres d’ouvrage à l’ensemble de la chaîne de sous-traitance, reprend le principe de solidarité financière du donneur d’ordre pour le non-paiement des salaires, ouvre de nouveaux recours pour défendre les droits des travailleurs. La particularité de cette loi est tout de même de prévoir de lourdes sanctions pénales et des sanctions administratives rapidement mobilisables.

L’objet de la loi votée le 6 mai 2014 par le Parlement français a été d’introduire à la charge du maître d’ouvrage ayant recours à un sous-traitant établi dans un autre Etat de l’Union, et qui détache de la main d’œuvre en France, des obligations de vérification et de diligence semblables à celles prévues en matière de travail dissimulé.

A cette loi est venue s’ajouter le décret relatif à la lutte contre les fraudes au détachement de

²⁰¹ Code du travail art. L.8222-2

²⁰² Code du travail, art L.8222-5

travailleurs et à la lutte contre le travail illégal²⁰³. On tient compte du fait que la responsabilité solidaire des donneurs d'ordre est un principe qui est écrit dans le droit européen.

Mais la lutte contre le travail illégal est également une priorité nationale dans le respect de la protection des salariés dans leurs droits sociaux et dans leur dignité et la protection des entreprises contre la concurrence déloyale.

Avec la loi Macron de 2015²⁰⁴ la responsabilité du donneur d'ordre est d'autant plus engagée. Ce dernier pourra être sanctionné²⁰⁵ s'il manque à son obligation de vigilance vis-à-vis de la conformité administrative des travailleurs qu'il emploie. Il doit donc s'assurer que l'employeur travaillant pour lui assure une situation régulière à ses travailleurs détachés.

A côté de la sanction financière, il existe désormais la possibilité pour les manquements les plus graves d'arrêter purement et simplement l'activité menée en infraction aux règles du détachement. La fermeture préfectorale en matière de travail illégal est une sanction administrative ancienne. Les DIRECCTE et les préfets s'en saisissent de plus en plus souvent pour sanctionner des fraudes au détachement.

Il existe dorénavant la mesure de suspension de la prestation de service internationale décidée par le DIRECCTE, introduite par la loi du 6 août 2015 et rendue applicable par le décret n° 2015-1579 du 3 décembre 2015, vient quant à elle compléter l'arsenal des sanctions possibles contre les prestataires, pour d'autres manquements graves à leurs obligations du noyau dur²⁰⁶. « 20 arrêtés préfectoraux de fermeture d'établissement ou d'arrêt d'activité ont été recensés depuis juillet 2015 pour sanctionner des fraudes au détachement relevant du travail illégal et 6 suspensions de prestation de service ont d'ores et déjà été prononcées par les DIRECCTE ». Selon l'inspection du travail, 35% des infractions relevées sont associées au non-respect du noyau dur des règles impératives.

²⁰³ Décret n° 2015-364 du 30 mars 2015 relatif à la lutte contre les fraudes au détachement de travailleurs et à la lutte contre le travail illégal

²⁰⁴ Loi n°2015-990, 6 août 2015, pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économiques

²⁰⁵ Il encoure, à ce titre, une amende administrative de 2 000 euros au maximum, par salarié détaché, avec un plafond total de 500 000 euros. En cas de récidive dans un délai d'un an, l'amende sera portée à 4 000 euros. De plus, s'il y a fraude avérée, le donneur d'ordre sera tenu de payer les écarts de rémunération constatés.

²⁰⁶ DGT – Aperçu de l'action de l'inspection du travail contre les fraudes au détachement (juillet 2015 – juin 2016)

L'inspection du travail donne l'exemple d'une régularisation obtenue pour non respect des règles du noyau dur. *« Ainsi, en Bretagne, outre une amende administrative, une régularisation de salaires pour un montant de 30 500 € a été obtenue en faveur de vingt et un travailleurs lésés par l'inapplication des minima applicables en France. Toujours en Bretagne, à l'issue d'une surveillance méthodique effectuée de mars à juin 2015, y compris le soir et le week-end, sur le chantier d'une grande enseigne d'habillement, l'inspection du travail a obtenu de l'entreprise étrangère la régularisation d'heures de travail dissimulées et non payées (paiement de 20 heures supplémentaires pour une soixantaine de salariés, soit 20 000 €) ainsi que l'installation d'un dispositif de « badgeage »²⁰⁷ sur le chantier ».*

Dans le sillage des lois Savary et Macron, la loi El Khomri²⁰⁸ consacre un renforcement de l'arsenal législatif de lutte contre le détachement illégal de salariés. Les donneurs d'ordre et maîtres d'ouvrage sont invités à la plus grande vigilance. La loi Travail veut aller plus loin et achève la transposition totale de la directive européenne de 2014. Une mesure législative restait en effet à prendre afin de permettre l'exécution en France de sanctions administratives prononcées par un État membre à l'encontre d'une entreprise française.

Les mesures de cette loi s'inspirent largement des préconisations du rapport du Conseil économique, social et environnemental publié en septembre 2015²⁰⁹. Il avait en effet formulé des propositions précises pour agir dans le cadre national en améliorant le dispositif de suivi du travail détaché, le contrôle du travail illégal et en favorisant l'implication des partenaires sociaux et des acteurs économiques dans la lutte contre les abus. Elles ont comme objectif d'avoir une meilleure visibilité sur les détachements et les conditions dans lesquelles ils s'exécutent. La réalisation de la déclaration de détachement préalable par l'employeur établi à l'étranger qui

²⁰⁷ Le badge ou badgeage est un procédé électronique de contrôle du temps de travail. Le salarié passe une carte/clé dans un appareil qui enregistre l'heure de début et l'heure de fin de travail et comptabilise à la suite le temps travaillé sur une période définie.

²⁰⁸ Loi n°2016-1088, 8 août 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels.

²⁰⁹ GROSSET J., CIEUTAT B., « Les travailleurs détachés », *Les avis du conseil économique, social et environnemental*, septembre 2015

détache des salariés en France est une formalité indispensable pour permettre aux services de contrôle de vérifier le caractère licite de la prestation de service internationale.

La loi Travail crée une responsabilité du maître d'ouvrage vis-à-vis de l'obligation de déclaration de détachement, qui incombe à l'ensemble de ses sous-traitants établis à l'étranger et en consacrant au niveau législatif l'obligation préexistante de déclaration qui pèse sur les donneurs d'ordre co-contractants d'une entreprise non établie en France dont un salarié est victime d'un accident du travail, et punissant le manquement à cette obligation par une amende administrative.

La loi nouvelle accroît, en outre, la faculté de suspendre la prestation de services en cas de manquement grave de l'employeur aux dispositions sur le temps de travail et le montant du salaire minimum. La loi Macron permettait à l'autorité administrative d'enjoindre par écrit à faire cesser ces manquements. À défaut de régularisation, l'autorité administrative pouvait ordonner la suspension de la prestation de services pour un mois maximum. La loi El Khomri étend ce mécanisme au non-paiement du salaire minimum conventionnel²¹⁰.

Dans le même sens, l'employeur du salarié détaché qui ne lui remettrait pas de bulletin de paie ou de document équivalent, attestant du versement de la rémunération minimale, commet dorénavant l'infraction de travail dissimulé.

Outre l'arsenal législatif mis en place par la France, on a vu apparaître des initiatives locales sensées lutter contre le dumping social.

Section 2 : La Clause Molière, une initiative locale

L'Union européenne, consciente du dumping social et des difficultés à le résorber, a tenté avec la directive de 96 puis avec la directive d'exécution de 2014 de lutter contre la fraude. Certains Etats de l'Union et plus particulièrement la France a mis en œuvre rapidement et sans attendre les

²¹⁰ CASADO A., « Lutte contre le détachement illégal de salariés », *Juris tourisme*, 2017, n°194, p. 32

préconisations de l'UE pour lutter contre la fraude au salarié détaché. Le législateur, comme nous l'avons vu précédemment, a mis en place un arsenal législatif.

Le législateur n'a pourtant pas été le seul à lutter contre la fraude, et les municipalités se sont également octroyées cette faculté de « police ».

L'histoire commence à Angoulême en 2016 où Vincent You²¹¹ défend ce que l'on connaît aujourd'hui comme la « clause Molière ». La collectivité a en effet décidé d'insérer, dans le cadre de ses marchés de travaux, une clause imposant aux salariés présents sur le chantier de comprendre et de s'exprimer en français. L'adjoint au Maire est conscient de l'aspect discriminatoire de cette clause mais détourne le problème en invoquant la sécurité sur le chantier. La bonne compréhension des normes de sécurité passe par la compréhension du français, les ouvriers devront donc parler français ou à défaut, l'employeur devra embaucher un traducteur.

Pour exemple, la clause mise en place en Région des Pays de la Loire a été ainsi rédigée : *« Afin de garantir la sécurité des travailleurs et visiteurs sur le chantier, ainsi qu'une parfaite compréhension des directives de la direction technique des travaux, l'ensemble des ouvriers présents sur le chantier devra comprendre et s'exprimer en français ».*

Cependant, cet argument (de protection de la santé des travailleurs) ne repose sur aucune étude concernant les causes des accidents du travail dans cette branche au regard de la capacité à s'exprimer en français. Il convient de souligner que des salariés, sans maîtriser parfaitement la langue française, peuvent avoir la capacité de comprendre partiellement la langue. Par ailleurs, sans parler de salarié détaché, il est courant qu'une autre langue que le français soit utilisée sur un chantier. Les salariés « locaux » ne sont en effet pas tous des français « pur souche » maîtrisant le français.

Au-delà du fait d'envisager de justifier de telles clauses par la protection de la santé des salariés,

²¹¹ Vincent You est adjoint au Maire de la ville d'Angoulême. Il est par ailleurs directeur de l'hôpital de Confolens et dans ce cadre supervise les marchés publics.

il est évident que ces clauses restreignent l'accès aux marchés publics. Elles font état d'une véritable préférence nationale autant en ce qui concerne les entreprises qu'en ce qui concerne les salariés. Elles privilégient en effet des entreprises établies en France au détriment des entreprises établies dans d'autres pays, notamment dans des pays de l'Est de l'Union européenne (Pologne, Roumanie, etc.). Ces clauses s'opposent par définition à la libre circulation (des entreprises comme des travailleurs), pourtant pilier de la construction européenne depuis 1957.

Au-delà du caractère très local de la « clause Molière », le sénateur Mathieu Darnaud (LR) et vingt-quatre de ses collègues, ont déposé un amendement²¹² pour introduire un dérivé de la « clause Molière » à l'occasion de l'examen du projet de Loi travail. Selon les députés cet amendement « Molière » visait à lutter contre les dérives de la directive communautaire sur les travailleurs détachés, dans le cadre des marchés publics des travaux. Il vise ainsi à une parfaite compréhension des directives de la direction technique des travaux, ainsi qu'à garantir la sécurité des travailleurs sur les chantiers.

Une instruction interministérielle du 27 avril 2017 a été adressée aux préfets afin d'attirer leur attention sur le caractère inconvictionnel des « clauses Molière » qui seraient insérées au sein des marchés et contrats de concession.

C'est justement le préfet de la Région Pays de la Loire qui a saisi le juge des référés²¹³ en vue de faire annuler des clauses d'interprétariat dans un marché de travaux de mise en accessibilité handicaps et réfection des cours d'un Lycée.

En l'espèce, ces clauses imposaient au titulaire de recourir au service d'un interprète si le personnel présent sur le chantier ne disposait pas d'une maîtrise suffisante de la langue française. Les frais d'interprétariat étaient à la charge du titulaire et à défaut, l'interprète serait désigné par la Région avec une pénalité de 100 euros par jour de retard au frais du titulaire, avec une

²¹² Amendement n°AS271 (non soutenu), 29 juin 2016 : « *Les acheteurs peuvent imposer l'emploi de la langue française par les salariés travaillant sur un chantier pour l'exécution d'un marché public, ou à défaut la présence d'un interprète rémunéré par leur employeur.* »

²¹³ TA Nantes, ord.7 juillet 2017, Préfet de la région Pays de la Loire, n°1704447

possibilité de résilier le marché. Précisons tout de même que ces clauses, insérées par la région Pays de la Loire n'exigent nullement que les salariés qui y travailleront parlent français. Elles imposent seulement le recours à un interprète pour permettre au personnel *« de comprendre la réglementation sociale en application du code du travail »*. Une telle assistance peut être également requise lors de la réalisation de tâches *« présentant un risque pour la sécurité des personnes et des biens »*.

Le juge des référés a rejeté la demande du préfet en considérant que ces clauses sont valides : *« qu'il ne résulte pas de l'instruction que ces clauses, tenant aux conditions d'exécution du marché de travaux dont il s'agit, n'entreraient pas, compte tenu de leur double objectif de protection sociale des salariés et de sécurité des travailleurs et visiteurs sur le chantier, en vue de la réalisation duquel elles n'apparaissent pas disproportionnées, dans le champ des dispositions précitées du I de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 ; que si elles ne sont pas neutres sur la formation des offres, elles trouvent à s'appliquer sans discrimination, même indirecte, à toutes les entreprises soumissionnaires, quelle que soit la nationalité des personnels présents sur le chantier ; qu'en admettant même qu'elles puissent être regardées comme ayant pour effet de restreindre la liberté d'accès à la commande publique, il ne résulte pas davantage de l'instruction qu'elles s'appliqueraient de manière discriminatoire, ne seraient par justifiées par des raisons impérieuses d'intérêt général, ne seraient pas propres à garantir la réalisation des objectifs qu'elles poursuivent ou iraient au-delà de ce qui est nécessaire pour les atteindre ; qu'en conséquence, le moyen tiré de ce que les clauses ainsi stipulées à l'article 8.4 précité du CCAP méconnaissent les principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats doit être écarté »*.

Le juge de référés exclut donc une atteinte aux principes de liberté d'accès à la commande publique et d'égalité de traitement des candidats.

Selon Bruno Retailleau²¹⁴ qui s'est exprimé à la suite de cette décision parle d'une victoire judiciaire. *« Le tribunal administratif de Nantes vient de donner raison à la région en*

²¹⁴ Président de la Région Pays de la Loire

considérant que la clause d'interprétariat dite "clause Molière", que nous avons introduite dans nos marchés publics, n'est pas contraire au droit. »

Cette discrimination linguistique constitue une discrimination au regard des origines nationales, des entreprises et des salariés. Ces clauses pourraient apparaître comme voulant renouer avec d'anciennes dispositions supprimées du Code du travail sur la « protection de la main d'œuvre nationale »²¹⁵.

Une personne (candidate à un emploi ou à un stage, salarié) ne doit pas subir une discrimination au regard « *de sa capacité à s'exprimer dans une langue autre que le français* ».

Ce critère figure maintenant dans les textes internes qui interdisent la discrimination, notamment la discrimination à l'embauche. Il se retrouve ainsi dans le Code pénal (à l'article 225-1), dans le Code du travail (à l'article L. 1132-1) et dans la loi du 27 mai 2008 (modifiée notamment par la loi « Justice 21 »).

*« En réalité, il ne s'agit pas d'un nouveau critère dans le droit français applicable. En ajoutant ce critère dans des textes internes, la France se conforme à ses engagements internationaux »*²¹⁶. En effet, la France a ratifié les textes internationaux des droits de l'homme qui interdisent toute discrimination linguistique. Il s'agit en particulier du Pacte de 1966 de l'ONU relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La CESDH précise en effet à l'article 14 que « *la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les*

²¹⁵ Loi du 10 août 1932 protégeant la main d'œuvre nationale, Art. 1er : les cahiers des charges des marchés de travaux publics ou de fournitures passés au nom de l'Etat, des départements, des communes et des établissements publics, par adjudication ou de gré à gré, ainsi que les cahiers des charges des contrats de concessions ou d'affermage passés par ces mêmes collectivités, devront déterminer la proportion des travailleurs étrangers qui pourront être employés dans les chantiers ou ateliers organisés ou fonctionnant en vue de l'exécution des marchés, ainsi que dans les exploitations concédées ou affermées.

²¹⁶ MINE M., « Des clauses Molière sur les chantiers : protectionnisme et discrimination déguisés », 23 mars 2017, The conversation, <https://theconversation.com/des-clauses-moliere-sur-les-chantiers-protectionnisme-et-discrimination-deguises-74964>

opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ». La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dispose également qu'« *Est interdite, toute discrimination fondée notamment sur (...) la langue* ».

« L'interdiction de la discrimination au regard de la langue parlée doit profiter aux personnes morales, en particulier ici aux entreprises, au regard de l'entrave à l'exercice de leur activité économique. Et cette prohibition de la discrimination linguistique doit également par conséquent bénéficier aux personnes physiques, aux salariés de ces entreprises ».

L'absence de justification d'une différence de traitement et une discrimination directe fondée sur la nationalité sont sanctionnées par la Cour de justice²¹⁷.

Les « clauses Molière » constituent une discrimination directe et pose ainsi une différence de traitement entre les candidats aux marchés publics. Ajoutons à cela que seules les entreprises ayant recours aux travailleurs détachés se voient imposer une obligation de maîtrise du français. La discrimination directe est définie comme la situation dans laquelle une personne est traitée de manière moins favorable, en raison d'un motif prohibé comme son sexe, par exemple, qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable.

*« Avec cette définition, la lutte contre les discriminations ne se limite pas à la stigmatisation d'un certain nombre de décisions pénalisantes explicites (refus d'embauche, refus de formation, refus de promotion), mais peut s'étendre à des différences de traitement dissimulées, le cas échéant, derrière une absence de décisions positives »*²¹⁸.

La discrimination directe repose sur la notion de comparaison et ne prend tout son sens que si l'on peut mettre en balance des personnes ou des groupes de personnes qui se situent dans des situations comparables, en termes de qualification, de compétences, d'expérience.

²¹⁷ CJCE, 22 juin 1993, aff. C-243/89, Commission c/ Danemark

²¹⁸ Rapport d'information du Sénat relatif à la lutte contre les discriminations. Ce rapport fait suite à différentes mises en demeure de la Commission européenne qui considère que les dispositions actuelles du droit français ne suffisent pas à garantir la conformité de la non-discrimination avec les directives concernées.

Si l'on reprend la décision du Tribunal administratif de Nantes mentionné plus haut, il convient de s'intéresser au fait que le juge n'est pas intervenu sur l'angle de la non-discrimination mais plutôt sur l'angle sécuritaire. Il a pris en compte la santé et la sécurité des travailleurs sur le chantier puisque l'employeur a une obligation de résultat en la matière. La santé des travailleurs prévaut donc au principe de non-discrimination.

Loïc Robert parle également d'une discrimination indirecte²¹⁹. La discrimination indirecte est définie comme la situation dans laquelle une disposition, un critère ou une pratique apparemment neutre désavantagerait particulièrement des personnes par rapport à d'autres, pour des motifs prohibés, comme le sexe, à moins que cette disposition, ce critère, ou cette pratique ne soit objectivement justifié par un but légitime et que les moyens pour parvenir à ce but soient appropriés et nécessaires.

Cette définition a pour objet de permettre au juge de mesurer, par delà une apparente égalité de traitement, l'impact concret d'une disposition en évaluant la proportion de femmes défavorablement touchées par une mesure, au regard d'un groupe d'hommes placé dans une situation similaire.

Loïc Robert reprend l'exemple la la clause Molière intégrée par la ville d'Angoulême qui prévoit « *qu'afin de garantir la sécurité des travailleurs et visiteurs sur le chantier, ainsi qu'une parfaite compréhension des directives de la direction technique des travaux, l'ensemble des ouvriers présents sur le chantier devra comprendre et s'exprimer en français. En cas d'impossibilité, le titulaire sera tenu (...), de veiller à l'intervention d'un interprète agréé auprès de tribunaux dans les langues concernées* ». Il précise que le libellé de la clause a pour conséquence de la rendre applicable aux entreprises françaises et aux entreprises établies dans d'autres Etats membres. Il ne s'agit donc pas d'une discrimination directe. La justification d'une telle clause passant par la sécurité des travailleurs, la clause pourrait être reconnue par le droit européen des marchés publics mais la lecture de cette directive doit se faire au regard de la directive 96/71/CE qui défend une égalité de traitement et interdit toute discrimination directe ou indirecte. L'auteur en conclut que « *sera interdite toute mesure constituant une discrimination indirecte, entendue*

²¹⁹ ROBERT L., « Molière, les marchés publics et le travailleur détaché », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, n°6, 13 février 2017, 2047

comme une mesure apparemment neutre mais susceptible d'entraîner un désavantage particulier pour les entreprises étrangères, sans que celui-ci ne soit objectivement justifié par un objectif légitime et que les moyens de réaliser cet objectif ne soient appropriés et nécessaires ».

La clause Molière constitue donc une forme de protectionnisme. Cependant c'est un protectionnisme « local ». L'Etat, tout en rejetant la clause Molière tend également vers un protectionnisme s'agissant des salariés détachés.

Section 3 : Vers un protectionnisme français

Durant la campagne présidentielle, certains candidats²²⁰ proposait pour lutter contre les fraudes et abus liés au détachement de travailleurs de suspendre la Directive.

« Comme ça, les entreprises françaises recruteront des Français. On a six millions de chômeurs. » Liêm Hoang-Ngoc ancien eurodéputé du Parti socialiste et membre de l'équipe de Jean-Luc Mélenchon durant la campagne présidentielle de 2017²²¹. La réponse faite au journal Libération par Sébastien Richard²²² rappelle qu'une telle suspension de la directive reviendrait à augmenter le dumping social, contre lequel à lutter la directive : *« C'est une mauvaise réponse à un vrai problème. Suspendre la directive ne changerait rien au fait que les détachés demeurent liés à leur régime de sécurité sociale. Cela impliquerait de revenir à la situation d'avant 1996, qui était une jungle dans laquelle il était possible de payer les travailleurs au salaire du pays d'envoi. »*

M^{me} Thyssen assure que *« la France n'a pas le droit de suspendre cette directive »*, car *« c'est une loi européenne qui découle du principe de libre circulation »*, puis elle rappelle que, *« compte tenu des abus »*, il a été *« décidé en mars 2016 de réviser cette directive pour mieux*

²²⁰ Arnaud Montebourg, Jean-Luc Mélenchon et Marine Le Pen

²²¹ MATHIOT C., *Libération*, « Ils veulent la peau de la directive « travailleurs détachés »...et se trompent de cible », 18 janvier 2017, <http://www.liberation.fr/auteur/7104-cedric-mathiot>

²²² Sébastien RICHARD, enseignant en politiques européennes à l'Université Paris I-Panthéon Sorbonne

protéger les travailleurs détachés ». « Si le Parlement européen aboutit à un accord, un texte pourrait être voté avant l'été », dit-elle²²³. « Supprimer la directive, ce n'est pas supprimer le détachement des travailleurs, cela veut dire qu'il n'y a plus de règles. Les employeurs seraient alors libres de faire ce qu'ils veulent. Le marché sans règles, c'est le dumping social », explique-t-elle.

Dans son programme, le désormais Président Macron, faisait valoir un combat contre les abus liés au travail détaché. Il préconisait déjà de limiter la durée autorisée de séjour d'un travailleur détaché en France. Par ailleurs, loin de ne confier cette lutte qu'un législateur français, le candidat Macron souhaitait redéfinir au niveau européen les règles du détachement pour mettre fin à toutes les formes de concurrence sociale déloyale.

Les propositions de la France à la Commission tendent vers une limitation du détachement à un an et une mise en œuvre d'outils plus efficaces contre les sociétés boîtes à lettre. Par ailleurs, elle préconise que le formulaire A1²²⁴ devienne un document préalable au détachement. La France soutient aussi les propositions de Malte de préciser que les frais de logement, nourriture et transport ne soient pas inclus dans la rémunération, afin d'éviter la pratique abusive de certains patrons de déduire ces dépenses de la paye de leurs salariés. Par ailleurs certains frais (comme le logement, la nourriture..) ne doivent pas être compris dans le salaire. Enfin il paraît important pour la France de mettre en place une plate-forme de coordination gérée par la Commission²²⁵.

Selon les représentants des pays de l'Est, les mesures demandées par Paris vont à l'encontre du principe de libre-échange (ce principe a été au cœur de leur adhésion à l'Europe). Cela freinera la libre circulation des travailleurs de l'Est. La Première ministre polonaise, Beata Szydlo, a accusé le Président français d'« antipathie » à l'égard des pays d'Europe centrale suite aux propos du

²²³ La « clause Molière » est une « discrimination », selon la commissaire à l'emploi européenne, Le Monde.fr avec AFP, 19.03.2017

²²⁴ Le formulaire A1 est un document portable qui atteste de la législation applicable à un travailleur qui n'est pas affilié dans le pays de travail.

²²⁵ L'Obs, « Macron sur les travailleurs détachés : ce qu'il propose, pourquoi ça coince ? », 23 juin 2017

Président accusant ces pays de considérer l'Europe comme un « supermarché ». La construction européenne et l'aboutissement d'un véritable marché unique n'est encore pas à l'ordre du jour...

Outre cette atteinte au principe de libre-échange, on peut s'interroger quant à la démarche protectionniste de la France quant au salarié détaché. Le protectionnisme est entendu comme une politique douanière selon laquelle, en vue de protéger le marché national contre la concurrence étrangère ou de procurer des ressources fiscales à l'Etat, l'importation des marchandises est soit prohibée, soit soumise au paiement de droits de douane. Le protectionnisme s'oppose au libre-échange²²⁶.

L'exemple peut être pris dans les dispositions issues de la loi Travail du 8 août 2016. Prenant en compte l'augmentation considérable du nombre de détachements et les formalités administratives inhérentes, la loi a prévu une contribution aux frais de gestion. Ainsi « *Tout employeur établi hors de France qui détache un salarié sur le territoire national est assujetti à une contribution destinée à compenser les coûts de mise en place et de fonctionnement du système dématérialisé de déclaration et de contrôle (...), ainsi que les coûts de traitement des données de ce système* ». Selon le décret n° 2017-751 du 3 mai 2017²²⁷ en effet, « *l'employeur établi à l'étranger qui détache un ou plusieurs salariés, dans les conditions prévues par le code du travail, est tenu de procéder au paiement d'une contribution (...) lorsqu'il accomplit la déclaration de détachement mentionnée à l'article L. 1262-2-1 ou lorsqu'il transmet l'attestation prévue à l'article L. 1331-1 du Code des transports* »²²⁸.

Nul ne peut contester que la gestion administrative du détachement génère un coût pour les finances publiques. La question est de savoir si ce coût peut être répercuté sur les entreprises établies dans un État membre de l'Union européenne qui procèdent aux détachements vers la

²²⁶ Vocabulaire juridique Gérard Cornu

²²⁷ C. trav., art R. 1263-20

²²⁸ LHERNOULD J-P., « Contribution forfaitaire de 40 euros par travailleur détaché : frais de gestion ou mesure protectionniste déguisée ? », *La Semaine Juridique sociale*, n°20-21, 23 mai 2017, act. 149

France.

S'agissant du montant de 40 euros, Jean-Philippe Lhernould prend le cas d'une entreprise ayant son siège en Belgique et envoyant en France, pour exécuter une prestation de service dans le secteur du bâtiment, 12 ouvriers non qualifiés pour une période de 4 jours. Elle devra donc s'acquitter d'une cotisation forfaitaire de 480 euros. Le coût de la prestation de service s'en trouvera renchéri de manière substantielle. Ce montant pourrait même dissuader, en amont, l'entreprise belge de soumissionner.

On retrouve donc derrière l'argument du coût administratif, l'objectif masqué de favoriser les entreprises françaises et de « rétablir un équilibre » au nom du « dumping social » ou d'une « concurrence déloyale ».

En ce qui concerne le fondement de cette contribution au droit de l'Union, la Cour de justice a, à diverses reprises, sanctionné les réglementations nationales qui instituaient des contributions forfaitaires, quel que soit leur dénomination, au motif qu'elles constituaient une violation d'une liberté fondamentale du traité, qu'il s'agisse de la libre circulation des marchandises, des services ou des travailleurs. En matière de détachement, la Cour de justice a jugé que les articles du traité relatifs à la libre prestation des services s'opposent à ce « *qu'un État membre impose, même par des lois de police et de sûreté, à une entreprise établie dans un autre État membre et exécutant temporairement des travaux dans le premier État de verser, pour chaque travailleur détaché, des cotisations patronales au titre de régimes tels que les régimes belges de « timbres-intempéries » et de « timbres-fidélité »* »²²⁹.

La Cour de justice s'explique ainsi : « *une telle obligation entraîne des frais et des charges administratives et économiques supplémentaires pour les entreprises établies dans un autre État membre, de sorte que ces dernières ne se trouvent pas sur un pied d'égalité, du point de vue de la concurrence, avec les employeurs établis dans l'État membre d'accueil et qu'elles peuvent ainsi être dissuadées de fournir des prestations dans l'État membre d'accueil* ».

²²⁹ CJUE, 23 déc. 1999, Aff. C-369/96 et C-376/96, *Arblade*

CONCLUSION

Loin de n'être qu'une question juridique, le cas des salariés détachés et du dumping social est au cœur du débat politique et médiatique. Pour preuve la polémique qui s'est abattue sur le plombier polonais lors de la présidentielle française. Malgré tout, certains avancent que le salarié français au SMIC coût en réalité moins cher aux entreprises que le salarié étranger détaché. L'ancienne députée Valérie Rabault a rapporté au journal *Le Monde*, en juillet 2016, qu'il faut aujourd'hui tenir compte des allègements en lien avec le salaire dont bénéficient les entreprises françaises. Le crédit impôt compétitivité emploi (CICE), la réduction Fillon sur les bas salaires, le pacte de solidarité en place depuis 2013, font baisser considérablement le coût d'un salarié français (payé au SMIC). Ainsi, un salarié français payé au SMIC en 2015 coûte à son employeur 1 609 euros par mois²³⁰. Dans le cas d'un salarié détaché polonais et payé en France au smic avec des cotisations sociales payées en Pologne conformément à la directive européenne sur le travail détaché de 1996, le coût serait pour son employeur de 1 756 euros.

Faut-il déduire de cela que la polémique sur la concurrence déloyale induite par le jeu des salaires applicables aux salariés détachés n'est plus d'actualité ? Les médias et les politiques entretiennent-ils cette « peur » du travailleur étranger ?

L'exemple pris par l'ancienne députée semble montrer qu'en France, sur un salaire au SMIC, les entreprises de l'UE ne sont plus en mesure de se faire concurrence sur ce terrain. Cependant, la France n'est pas le seul pays concerné par le dumping social et dans la perspective d'un projet européen de plus en plus abouti, il est important de tenir compte des écarts de salaire qui peuvent encore exister au sein d'autres Etats membres et conduire à une concurrence déloyale. En outre, la question de l'égalité salariale doit être débattue et doit donc être accordée à un salarié détaché

²³⁰ Valérie Rabault s'est appuyée sur une note du Trésor publiée en juin 2016 qui précisait que « les mécanismes d'exonération de cotisations sociales sur les bas salaires limitent l'avantage économique du recours à des travailleurs détachés »

la même rémunération qu'un salarié local pour le même travail. Tous les salariés ne sont en effet pas payés au salaire minimum²³¹ en vigueur dans chaque Etat.

Par ailleurs, outre la question de la rémunération du salarié détaché, les fraudes au détachement sont toujours et encore plus nombreuses. Il semble donc opportun que le législateur européen comme les législateurs nationaux déterminent ensemble les mesures qui doivent être prises pour éliminer le dumping social. La directive 96/71/CE, complétée par la directive d'exécution de 2014, ont montré leurs lacunes. Il faudra donc réviser la directive pour parvenir à un équilibre entre la nécessité de promouvoir la libre prestation de services et la nécessité de protéger les droits des travailleurs détachés.

A ce jour, le Président Macron entame sa « tournée » des pays d'Europe centrale, tentant de convaincre ces pays « *aux faibles coûts salariaux* » et détachant un grand nombre de salariés de réviser la Directive 96/71/CE de manière ciblée et efficace. Il part cette fois en campagne contre le dumping social au nom peut-être d'une meilleure harmonisation des législations européennes.

²³¹ Il est question ici du salaire brut en deçà duquel l'employeur ne peut pas descendre. Il est à distinguer donc du salaire minimal applicable au salarié détaché.

BIBLIOGRAPHIE

OUVRAGES GENERAUX

CORNU G., *Vocabulaire juridique*, PUF, Edition 2014

SCHMITT M., *Droit du travail de l'Union européenne*, Larcier, 2012, 342 p.

TEYSSIE B., *Droit européen du travail*, 4^e édition, Lexis Nexis, 2013, Paris, 468 p.

OUVRAGES SPECIAUX

BOISSEAU P., *L'ouverture de l'Europe vers l'est, chapitre II, L'adhésion des Pays d'Europe centrale et orientale à l'Union européenne : aboutissement de la transition démocratique*, Presses universitaires François-Rabelais, 2004, pp. 29-33

CLESSE C.-E. et MORSA M., *Travailleurs détachés et mis à disposition*, 2^e édition, Larcier,, Bruxelles, février 2015, 462 p.

DAMASIO BORGES D., *L'Etat social face au commerce international*, L'Harmattan, 2013, 684 p.

DEFOSSEZ A., *Le dumping social dans l'Union européenne*, Larcier, Bruxelles, 2014, 658 p.

FERRARI-BREEUR C., *La directive « services », En principe(s) et en pratique*, Bruylant, 2011, 301 p.

RAY J.-E., *La mobilité du salarié : mobilité géographique professionnelle, réduction du salarié*, Ed. Liaisons, 2014, 211 p.

SUPIOT A., *Critique du droit du travail*, 3^e édition, PUF, Paris, Août 2015

THESES ET MEMOIRES

CRUGNOLA C., Le statut du salarié détaché au sein de l'UE : entre changement et continuité, Université d'Angers, Sous la direction de B. GAURIAU, 2014

GILET J., « La course à la compétitivité menace-t-elle notre modèle social européen ? », Faculté de droit et de criminologie, Université catholique de Louvain, 2015, Prom. : P. NIHOUL, pp.73

ICHTERTZ G., « 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, 2014, pp. 165

MACHANE S., « La pratique de la mobilité internationale des salariés », Université de Montpellier, Sous la direction de Ph. ANTONMATTEI, 2002

ARTICLES DE DOCTRINE

ABBATUCCI S., « Travaux de construction et *dumping* social : stop à la concurrence déloyale ! », *RDI*, 2015, p. 473

BAVOZET F., « La lutte contre les fraudes au détachement et le travail illégal », *La Semaine Juridique Sociale* n° 43-44, 2 novembre 2016, 1369, pp. 4

BELKACEM R. et PIGERON-PIROTH I., « L'intérim transfrontalier : les marges de l'emploi aux marges des territoires », *Revue Française de Socio-Economie*, Février 2016, n°17, pp. 43-63, DOI 10.3917:rfse.017.0043

BOUVERESSE A., « Chronique Jurisprudence administrative française intéressant le droit de l'union européenne – Le Conseil d'Etat annule le décret relatif à la lutte contre les fraudes au détachement des travailleurs et à la lutte contre le travail illégal en ce qu'il viole la sécurité juridique en n'ayant pas prévu des dispositions transitoires mais constate, un peu brièvement au fond, la validité du décret », *RTD Eur.*, 2017, p.335

CALVETH H., « Chronique de jurisprudence en matière de liberté d'établissement et de libre prestation de services », *RTD Eur.*, 1991, pp. 59-69

CASADO A., « Lutte contre le détachement illégal de salariés », *Juris tourisme*, n°194, 2017, pp.32-33

CASTEL D., « Droit social européen – Détachement de travailleurs - *Dumping* social : la lutte continue », *Juris tourisme*, n° 190, 2016, p. 10

CAVALLINI J., « Le détachement des salariés au sein de l'Union européenne ou la prééminence du juge », *La Semaine Juridique Sociale*, n°40, 2 octobre 2007, 1741

CHALTIEL F., BERR C. J., FRANCO S. et PRIOTO C., « Chronique de jurisprudence du tribunal et de la Cour de justice des Communautés européennes », *Journal du droit international (Clunet)*, n°2, avril 2008, chron.4, 60 p.

CHENU D., « Détachement international de salariés en France illicite : prise d'acte », *Les Cahiers Sociaux*, n° 285, 1 mai 2016, pp. 231-233

CHOPIN F., « Les récentes mesures de lutte contre le détachement illégal », *Gazette du Palais*, n°10, pp.74-81

CORNELOUP S., « La révision de la directive sur les travailleurs détachés », *Recueil Dalloz*, 2016, p. 1920

COURSIER PH., « Sur l'impossibilité de soumettre le détachement temporaire de travailleurs à des formalités déclaratives spécifiques », *La Semaine Juridique Sociale*, n°38, 18 septembre 2007, 1695, 3 p.

DAUGAREILH I., « La responsabilité sociale des entreprises, un projet européen en panne », *Sociologie du travail*, n° 51, 2009, pp. 499-517

DE LE ROSA S., « La modernisation du cadre juridique du détachement et la jurisprudence *Viking-Laval* », *Revue de l'Union européenne*, 2016, pp. 151-168

DESBARATS I., « La régulation juridique à l'épreuve du processus européen de libération des services », *La semaine Juridique Entreprise et Affaires* n°48, 29 novembre 2007, p. 2485

DEUMIER P., « Articulation de la convention de Rome et de la directive Détachement des travailleurs », *Revue des contrats*, n° 4, 1^{er} octobre 2011, pp. 1289-1292

DIDRICHE O., « Un peu de prose au sujet de la clause « *Molière* » », *AJ Collectivités Territoriales*, 2017, p.173

DRIGUEZ L., « L'Europe sociale peut-elle rebondir ? Quelques réflexions à partir de la révision de la directive détachement », *Europe* n°8-9, Août 2016, étude 7, 11 p.

DRIGUEZ L., « Salaire minimal des travailleurs détachés », *Europe*, n°4, Avril 2015, comm. 160, 3 p.

FALLON M., « Le détachement européen des travailleurs, à la croisée de deux logiques conflictualistes », *Revue critique de droit international privé*, 2008, p. 781

GAMET L. et GUEDES DA COSTA S., « Lutte contre les prestations de services internationales illégales : les apports de la loi du 6 août 2015 », *La Semaine Juridique Social* n°38, 15 septembre 2015, 5 p.

GARABOL-FURET M.-D., « Plaidoyer pour le principe du pays d'origine », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2006, pp. 82-86

GARDE A., « L'affaire *Viking* : dans quelle mesure une action syndicale collective peut-elle constituer un obstacle à la liberté d'établissement ? », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 2009, pp. 97-108

GAUDEMET-TALLON H., « Convention de Rome du 18 juin 190. Loi applicable aux obligations contractuelles. Article 6 de la convention d'exécution du contrat. Contrat de travail. Notion de Détachement temporaire », *RTD Eur.*, 1996, pp. 785-792

GONCALVES M., « Les évolutions jurisprudentielles récentes sur le contenu de l'obligation de sécurité de résultat : quel impact pour les salariés envoyés en mission à l'étranger ? », *Sécurité et stratégie* Mars 2011 (7), 2011, pp. 55-60

GRANGE J., « La résistance de la norme nationale française à la norme nationale étrangère », *La Semaine Juridique Social*, n°17-18, 3 mai 2016, p. 1154,

GUEDES DA COSTA S., « Vers une révision en profondeur de la directive de 1996 ? », *Semaine sociale Lamy*, n° 1774, 19 juin 2017

HENNION S., « La force normative du droit social européen », *La Semaine Juridique Social*, n°10, 3 mars 2009, 1091, 9 p.

ICARD J., « Précisions sur le régime du détachement externe », *Les Cahiers Sociaux*, n° 278, p. 492

ISIDR L., « Travailleurs détachés, travailleurs délaissés », *Plein droit*, Février 2017, n° 113, pp. 3-6, DOI 10.3917/pld.113.0003

JAOUEN M., « La responsabilité solidaire en matière de sous-traitance dans la nouvelle directive « détachement » : un progrès en demi-teinte », *Revue de l'Union européenne*, 2016, pp. 165-169

JAULT-SESEKE F., « Au nom de la libre prestation de services, la CJCE limite les moyens de lutte contre le dumping social », *Revue de droit du travail*, 2008 p.412

JAZOTTES G., « La définition du salaire minimal à verser aux salariés détachés : de la directive 96/71 à la directive « Bolkenstein » », *RTD Com.*, 2005, p. 436

LAFUMA E., « Droit applicable et « protection » du travailleur détaché », *Semaine Sociale Lamy*, 26 octobre 2016, pp. 5

LAGARDE P., « Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », *Revue critique de droit international privé*, 1991, pp. 287-312

LALANNE S., « Détachement de travailleurs, élargissements de l'Union européenne et mondialisation du commerce des services », *Revue internationale du travail*, vol. 150, 2011, n° 3-4, pp. 229-252.

LALANNE S., « La réforme du régime des détachements de travailleurs face à la divergence des intérêts nationaux », *Revue Lamy des affaires*, n°121, 1^{er} décembre 2106, 6 p.

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*, Avril 2009, n° 63, pp. 127-152, DOI 10.3917/rdli.063.0127

LHERNOULD J.-P., « Contribution forfaitaire de 40 € par travailleur détaché : frais de gestion ou mesure protectionniste déguisée ? », *La Semaine Juridique Social* n°20-21, 23 mai 2017, act. 149, 3 p.

LHERNOULD J.-PH., « La loi du 2 août 2005 et le détachement transnational de travailleurs », *Droit social*, 2005, pp. 1191-1210

LHERNOULD J.-PH., « Révision de la directive n° 96/71/CE : *much ado about nothing* ? », *Droit social*, 2016, pp. 621-629

LHERNOULD J.-P., « Travailleur détaché : de qui parle-t-on ? », *Revue Lamy droit des affaires*, n° 121, 1^{er} décembre 2016, 5 p.

LHERNOULD J.-PH. et PALLI P., « La rémunération du salarié détaché dans un Etat membre de l'Union », *Droit social*, 2016, pp. 460-469

MARTINON A., « Les mystères du détachement », *Les Cahiers Sociaux*, n° 257, 1^{er} novembre 2013, 5 p.

MAZIER J., « Marché unique, union monétaire et politique économique en Europe », *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, 1991, pp. 760-771

MAZUYER E., « Le retour du mythe de l'Europe sociale ? », *Revue de droit du travail*, 2017, pp. 83-95

MOIZARD N., « La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de service : un « noyau dur » protecteur », *Droit social* 2008, pp. 866-872

MOREAU M.-A., « Le détachement des travailleur dans l'Union européenne : 20 ans après », *Droit social*, 2016, pp. 584-592

MOREAU M.-A., « De la loi applicable au contrat de travail d'un salarié temporairement détaché à l'étranger », *Revue critique de droit international privé*, 1997, pp. 55-59

MUIR WATT H., « De la loi applicable à un salarié suédois détaché en France à durée déterminée », *Revue critique de droit international privé*, 1992, pp. 468-473

MUIR WATT H., « Lorsque les libertés d'établissement et de prestation de services favorisent le dumping social », *Revue critique de droit international privé*, 2008, pp. 356 -379

MULLER F., « L'affaire Flamanville : détachement ou fraude sociale ? », *Droit social*, 2012, pp. 675-686

MULLER F., « Face aux abus et contournements, la directive d'exécution de la directive détachement est-elle à la hauteur ? », *Droit social*, 2014, pp. 788-802

MULLER F., « Effectivité des droits des salariés détachés : quelle contribution à la lutte contre la concurrence sociale déloyale ? », *Droit social*, 2016, pp. 630- 639

NIVELLES V., « Le dilemme du détachement de travailleurs », *Jurisprudence Sociale Lamy*, n°357, 7 janvier 2014, 8 p.

PALIER B., « L'Europe et les Etats-providence », *Sociologie du travail* n°51, 2009, pp. 518-535

PARAIRE L. et PEQUIMAN N., « En questions : le détachement de travailleurs en France », *La semaine juridique – édition sociale*, n°23, 14 juin 2016, 3 p.

PATAUT E., « Du salaire minimal garanti et de la libre prestation de services », *Revue critique de droit international privé*, 2001, pp. 495-502

PATAUT E., « Détachement et fraude à la loi », *Revue de droit du travail*, 2014, pp. 23-31

PATAUT E., « Du salaire minimal garanti et de la libre prestation de services », *Revue critique de droit international privé*, 2005, p. 336-344

PIZZIO-DELAPORTE C., « La situation du salarié mobile dans le groupe de dimension communautaire », *Droit social*, 1994, pp. 914-921

RAVEAUD G., « L'Union européenne contre le salaire », *La Revue de l'Ires*, Février 2012, n°73, pp. 99-123

ROBERT L., « Molière, les marchés publics et le travailleur détaché », *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités territoriales*, N°6, 13 février 2017, 2047, 8 p.

ROBIN-OLIVIER S. et PATAUT E., « Europe sociale ou Europe économique à propos des affaires *Viking* et *Laval* », *Revue de droit du travail*, 2008, pp. 80-89.

RODIERE P., « Le droit européen du détachement de travailleurs : fraude ou inapplicable ? », *Droit social*, 2016, pp. 598-608

RODIERE P., « Questions propres au détachement temporaire », *JCI droit international*, fasc. 573, 26 septembre 2016, 5 p.

RUDELLI D. et UHRING L., « A l'international », *La Semaine Juridique Social*, n° 11, 21 mars 2017, act. 77, 6 p.

SAIDI N., « Les acheteurs peuvent-ils insérer une « clause Molière » dans le CCAP des marchés publics ? », *Contrats Publics*, n° 178, p. 66

SAVARY G., « Détachement des travailleurs : la construction européenne à l'épreuve des disparités sociales nationales », *Droit social*, 2016 p.592

TRICOIT J.-PH., « Détermination de la loi applicable à un contrat de travail international », *La Semaine Juridique Sociale*, n° 26, 28 juin 2011, p. 1309

RAPPORTS ET DOSSIERS

Commission européenne – Communiqué de presse, La Commission présente une réforme de la directive concernant le détachement de travailleurs – vers un marché du travail européen approfondi et plus équitable, Commission européenne, 8 mars 2016, IP/16/466

Commission européenne – Communiqué de presse, Détachement de travailleurs : la Commission examine les préoccupations des parlements nationaux, Commission européenne, 20 juillet 2016, IP/16/2546

OCDE, Etudes économiques, « Chapitre 8. Supprimer les obstacles à la mobilité géographique des travailleurs », Novembre 2007, n°11, pp. 173-191

Résolution du parlement européen, Dumping social dans l'Union européenne, 2015/2255(INI), 14 septembre 2016, 17 p.

Study on wage-setting mechanisms and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Dir. 96/71/CE in a selected number of Member States and sectors, 2015

AUSSILLOUX V. et al., « Tirer le meilleur du marché unique européen », Notes du conseil d'analyse économique, 2017/S, n°38, pp. 1-12, DOI 10.3917/ncae.038.0001

BARA Y.-E., BRISCHOUX M. et SODE A., « Quelle mobilité du travail pour l'Europe », Trésor-éco, n° 143, février 2015, 8 p.

BOCQUET E., « Proposition de résolution européenne au nom de la commission des affaires européennes, en application de l'article 73 quater du Règlement, sur la proposition de révision ciblée de la directive 96/71/CE relative au détachement des travailleurs », Sénat, n° 644, 26 mai 2016

BOCQUET E., « Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur la proposition de révision ciblée de la directive 96/71/CE relative au détachement des travailleurs », Sénat, n°645, 26 mai 2016, 37 p.

BOCQUET E., « Rapport d'information fait au nom de la commission des affaires européennes sur les normes européennes en matière de détachement des travailleurs », Sénat, n° 527, 18 avril 2013, 45 p.

CHEUVREUX M. et MATHIEU R., « Concurrence sociale des travailleurs détachés en France fausse évidences et réalités », Trésor éco, n°171, juin 2016, 12 p.

DRIGUEZ L., « Le Détachement des travailleurs après la directive sur les services », Europe, n°6, juin 2007, dossier 14, 9 p.

GIRARD A., « Développement économique et mobilité des travailleurs. », Présentation d'une publication de l'I.N.E.D.In : Population, 11^e année, n°2, 1956, pp. 329-333, www.persee.fr/doc/pop_0032-4663_1956_num_11_2_4620

GRIGNON H., « Le BTP français face à l'élargissement de l'Europe », Senat-Rapport d'information n° 28, 18 octobre 2006, pp.5, www.senat.fr/rap/r06-028/r06-0284.html

GROSSET J., « Les travailleurs détachés, Avis du conseil économique, social et environnemental », séance du 22 septembre 2015, Journal Officiel de la république Française, 97 p.

JEFFERYS S., « Transfert du modèle social ou « dumping social » ? Les relations professionnelles dans les multinationales françaises des services en Europe de l'Est », Travail et Emploi, n° 123, Juillet – septembre 2010, pp. 9-26

RAFFAELLI R., « Le principe de subsidiarité », Parlement européen-Fiches techniques sur l'Union européenne, mars 2017, 5 p.

RICHARD S., « La révision de la directive sur le détachement des travailleurs », Fondation R. Schuman, Question d'Europe, n° 406, 10 octobre 2016, 5 p.

RICHARD S., « L'encadrement du détachement des travailleurs au sein de l'Union européenne », Fondation Robert Schuman, Question d'Europe, n°300, 27 janvier 2014, pp. 8, www.robert-schuman.eu

SAVARY G., « Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur la proposition de résolution européenne sur la proposition de directive de Parlement européen et du Conseil modifiant la directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996, concernant le détachement de travailleurs », Assemblée Nationale, n°3951, 13 juillet 2016, pp. 48

SAVARY G., « Rapport fait au nom de la commission des affaires sociales sur les propositions de Loi 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 », Assemblée Nationale, n°1785, 11 février 2014, 132 p.

VALEYRE A., « Les conditions de travail des salariés dans l’Union européenne à quinze selon les formes d’organisation », Travail et Emploi, n° 112, Octobre-décembre 2007, p. 35-47

JURISPRUDENCE

CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, C-75/63

CJCE, 17 décembre 1981, *Webb*, C-279/80

CJCE, 3 février 1982, *Seco et Desquenne & Giral*, C-62/81 et C-63/81

CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89

CJCE, 22 juin 1993, *Commission c/ Danemark*, C-243/89

CJCE, 9 août 1994, *Vander Elst*, C-43/93

CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, C-369/96 et C-376/96

CJCE, 12 octobre 2004, *Wolff et Müller*, C-60/03

CJCE, 14 avril 2005, *Commission c/ Allemagne*, C-341/02

CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05

CJCE, 3 avril 2008, C-346/06

CJCE, 19 juin 2008, *Commission des Communautés européennes c/ Grand-Duché de Luxembourg*, C-319/06

CJUE 10 février 2011, *Vicoplus SC PUH*, C-307/09 à C-309/09

CJUE 7 novembre 2013, *Isbir*, C-522/12,

CJUE, 12 février 2015, *Sähköalojen*, C-396/13

Cass. Soc., 9 juill. 1985, n° 83-40.336

Cass. Soc., 18 mai 1999, n°s 98-40.201 et 98-40.202

Cass. Soc. 3 décembre 2008, n°06-45.117

Cass. Soc., 4 févr. 2009, n° 07-11.884

Cass. Soc., 30 avr. 2009, n° 07-40.527

Cass. Soc., 18 janvier 2011, n°09-43.190

Cour d'appel de Chambéry, 7 novembre 2013

TA Nantes, ord. 7 juillet 2017, Préfet de la région Pays de la Loire, n°1704447

LOIS ET REGLEMENTS

Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, OJ C 27, 26.1.1998, p. 34–53

Règlement (CE) n°593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), OJ L 177, 4.7.2008, p. 6–16

Règlement (UE) n°492/2011 relatif à la libre circulation des travailleurs à l'intérieur de l'Union du 5 avril 2011

Règlement (CE) n°883/2004 portant sur la coordination des systèmes de sécurité sociale du 29 avril 2004 et son règlement d'application (CE) n°987/2009 du 16 septembre 2009.

Traité sur l'Union européenne et traité sur le fonctionnement de l'Union européenne,
2012/C 326/01, Journal officiel n° C 326 du 26/10/2012 p. 0001 - 0390

Décret n°2000-861 du 4 septembre 2000 relatif au détachement, dans le cadre d'une prestation de service, de salariés d'entreprises on établies en France modifiant et complétant le décret n°94-573 du 11 juillet 1994 pris pour application de l'article 36 de la loi quinquennale relative à l'emploi, au travail et à la formation professionnelle, JORF, n° 206, 6 septembre 2000

Décret n°2000-1128 du 22 novembre 2000 relatif au détachement, dans le cadre d'une prestation de service, de salariés d'une entreprise non établi en France, modifiant et complétant le décret n° 95-182 du 21 février 1995 pris pour l'application au secteur agricole de l'article 36 de la loi quinquennale relative au travail, à l'emploi et à la formation professionnelle, JORF, n°271, 25 novembre 2000, texte n°40, p.1

Décret n°2000-462 du 29 mai 2000 pris pour la transposition de l'article 6 de la directive 96/71/CE du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le code du travail, JOFR, n°126, 31 mai 2000

Décret n°2007-1739 du 11 décembre 2007 relatif au détachement transnational de travailleurs et modifiant le code du travail, JOFR, n° 0289, 13 décembre 2007

Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996, Journal officiel des Communautés européennes, n°L18, 21 janvier 1997

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»). Texte présentant de l'intérêt pour l'EEE, *OJ L 159, 28.5.2014, p. 11–31*

Loi n° 2005-882 du 2 août 2005 en faveur des petites et moyennes entreprises, JOFR n° 0179, 3 août 2005, texte n°2, p 12639

Loi n° 2014-790 du 10 juillet 2014 visant à lutter contre la concurrence sociale déloyale, JORF n°0159 du 11 juillet 2014, textes n°3, page 11496

Loi n°2015-990 du 6 août 2015 pour la croissance, l'activité et l'égalité des chances économique, Titre II, Chapitre II, Section 5, Article 281.

LOI n° 2016-1088 du 8 août 2016 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels, JORF n°0184 du 9 août 2016
texte n° 3

ARTICLES DE PRESSE

Editorial du Monde, La clause « Molière » en chantier, Le Monde, 17 mars 2017, www.lemonde.fr/idees/2017/03/17

AZIHARI F., « Le plombier polonais martyr du protectionnisme », La chronique Agora, 17 août 2016, www.la-chronique-agora.com/plombier-polonais-martyr-protectionnisme/

BISSUEL B., « Quatre cas emblématiques de *dumping* social », *Le Monde économique*, 20 avril 2017

CHARREL M., « L'Etat doit protéger les travailleurs, non les emplois », *Le Monde*, 9 juin 2017, économie & entreprise, p. 4

CHASTAND J.-B., « Travailleurs détachés : la lutte contre les abus rendu plus difficile », *Le Monde économique*, 27 avril 2017,

DEQUAY L., « Marianne Thysen, commissaire *antidumping* social », *Marianne*, n° 1038, 17 février 2017, p. 39

DUBOIS N., « 1996-2013, histoires d'une directive qui déraile », *Libération*, 1^{er} décembre 2013, www.liberation.fr/futurs/2013/12/01/1996-2013-histoires-d-un-directive-qui-deraille

DU COURTIEUX C., « Travailleurs détachés : Macron hausse le ton », *Le monde*, 9 juin 2017, économie & entreprise, p. 3

GUICHAOUA H., « Travailleurs détachés : « La France n'a pas besoin de l'autorisation de Bruxelles » pour agir », *Le Monde.fr*, 11 juillet 2017

GRESILLON G., « Travail détaché : Macron cherche des alliés à l'Est », *Les Echos*, n° 22503, 8 août 2017, p.2

JANVIER S., « Travailleurs détachés : ce n'est pas la faute de l'Europe », Le journal des entreprises, 1^{er} juin 2017, p. E54INVITE

MALINGRE V., « En Grande-Bretagne, Total licencie 647 ouvriers dans une raffinerie pour grève sauvage », *Le Monde*, 22 juin 2009, p.12

STROOBANTS J.-P. et DUCOURTIEUX C., « Bruxelles va bel et bien réviser la directive sur les travailleurs détachés », *Le Monde.fr*, Le Monde Economie

WAINTRON M., « Comment Bruxelles veut limiter le *dumping* social de la route », La Croix, n° 40813, 2 juin 2017, p. 11

TIETZ J., « Allemagne, Le salaire minimum arrive. Enfin ! », *Courrier international*

SITE INTERNET

Fondation Robert Schuman : <https://www.robert-schuman.eu/fr/>

Site officiel de l'administration française : <https://www.service-public.fr/>

Site officiel de l'Union européenne : https://europa.eu/european-union/index_fr

TABLE DES MATIÈRES

LISTE DES PRINCIPALES ABRÉVIATIONS.....	6
INTRODUCTION	8
<u>PARTIE 1 : LA CONSTRUCTION ECONOMIQUE ET SOCIALE EUROPEENNE FACE A LA CONCURRENCE DELOYALE</u>	18
CHAPITRE 1 : LE MARCHÉ INTERIEUR SOURCE DU DUMPING SOCIAL.....	19
<i>Section 1 : Du marché unique à l'inévitable dumping social.....</i>	<i>20</i>
I. L'Europe ou la construction d'un marché unique	20
II. Nécessité d'un droit du travail européen régissant la libre circulation des travailleurs	26
<i>Section 2 : Le détachement de travailleurs au cœur du dumping social.....</i>	<i>28</i>
I. La difficile conciliation entre marché commun et droits sociaux.....	29
II. Le détachement au regard des Traités	32
<i>Section 3 : La jurisprudence fondatrice antérieure à la Directive.....</i>	<i>36</i>
CHAPITRE 2 : LA LUTTE CONTRE LE DUMPING SOCIAL AU TRAVERS DU SALARIE DETACHE.....	43
<i>Section 1 : La mise en oeuvre de la Directive 96/71/CE</i>	<i>43</i>
I. les règles essentielles de la Directive	45
II. Un retour vers l'interprétation des Traités	49
<i>Section 2 : Une mise en concurrence du droit des travailleurs et de la liberté de prestation de services.....</i>	<i>50</i>
<i>Section 3 : Le détournement de la Directive 96/71/CE.....</i>	<i>55</i>
I. Le détournement par les sociétés	55
II. De la mauvaise application par les Etats à la directive exécution de 2014	59
<u>PARTIE 2 : LE REMUNERATION DU SALARIE DETACHE FACE A LA LEGISLATION</u>	62
CHAPITRE 1 : L'EUROPE FACE AU SALARIE DETACHE.....	62
<i>Section 1 : La définition du salaire en question</i>	<i>63</i>
I. Une définition du salaire qui entretient l'insécurité juridique	64
II. L'intervention évolutive de la CJUE dans la définition du salaire minimal	68
<i>Section 2 : Le combat contre les disparités salariales au sein l'UE.....</i>	<i>75</i>
I. Les inégalités salariales dans l'UE.....	75
II. Le dialogue social freiné par le juge européen.....	79
<i>Section 3 : L'égalité salariale au cœur de la révision de la Directive de 96.....</i>	<i>84</i>
I. Une révision de la directive détachement aux mains de la Commission européenne	84
II. Le blocage des pays d'Europe centrale	90
CHAPITRE 2 : LA FRANCE FACE AU SALARIE DETACHE.....	96

<i>Section 1 : La législation française relative au détachement</i>	<i>98</i>
I. Une première étape législative qui va au-delà de la directive détachement.....	98
II. La mise en œuvre d'un arsenal législatif	102
<i>Section 2 : La Clause Molière, une initiative locale.....</i>	<i>106</i>
<i>Section 3 : Vers un protectionnisme français.....</i>	<i>113</i>
CONCLUSION	118
BIBLIOGRAPHIE	120
TABLE DES MATIÈRES.....	134