



HAL
open science

Les impérativités internationales de la norme sociale : L'exemple du détachement de travailleurs salariés en Europe

Etienne Pataut

► **To cite this version:**

Etienne Pataut. Les impérativités internationales de la norme sociale: L'exemple du détachement de travailleurs salariés en Europe. S. Lemaire et L. Perreau-Saussine (dir.). L'impérativité en droit international des affaires, 42, Société de législation comparée, 2020, Collection Colloques. halshs-03084007

HAL Id: halshs-03084007

<https://shs.hal.science/halshs-03084007v1>

Submitted on 20 Dec 2020

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Les impérativités internationales de la norme sociale : L'exemple du détachement de travailleurs salariés

Etienne Pataut

Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne (Université Paris 1)

IRJS

Le droit social a ceci de particulier qu'il est une source inépuisable de règles impératives - internes et internationales. Rien n'en témoigne mieux que le célèbre arrêt du Conseil d'État *Compagnie des Wagons-lits*¹, qui est l'arrêt sélectionné par les auteurs du célèbre recueil des *Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*², pour illustrer la méthode des lois de police³.

L'impérativité interne du droit du travail a toutefois une caractéristique particulière, bien résumée par la formule de « l'ordre public social ». Aujourd'hui bien malmené, celui-ci permet à la fois d'affirmer le caractère d'ordre public des règles de droit du travail, tout en acceptant que celles-ci fassent l'objet de dérogations dans un sens favorable au travailleur, notamment par le truchement de cet instrument très spécifique au droit du travail que sont les conventions collectives.

Cette particularité se retrouve dans l'ordre international en matière de relations individuelles de travail. On sait en effet que celles-ci sont régies par l'article 8 du règlement Rome I qui met en place une articulation originale entre autonomie de la volonté et application de la loi du lieu d'exécution du travail si celle-ci est plus favorable. La technique, largement inspirée de cette idée d'ordre public social, permet de s'assurer que l'application de la loi qui aurait vocation à l'impérativité — celle du lieu d'exécution du travail — voie ses dispositions respectées et permet, de ce fait, de minimiser le besoin de recours aux lois de police⁴.

Aussi, en pratique, la question des lois de police dans les relations internationales de travail se pose-t-elle lorsque le lieu d'exécution du travail est lui-même problématique, soit, en pratique, pour les travailleurs des transports (comme en témoigne notamment le contentieux récurrent des travailleurs des compagnies aériennes *low cost*) et en cas de détachement de travailleurs salariés, auquel sera consacré cette intervention.

¹ CE, 29 juin 1973, *Rev. Crit. DIP*. 1974. 344, concl. Questiaux et chr. P. Francescakis, p. 273 (« Lois d'application immédiate et droit du travail : l'affaire du comité d'entreprise de la Compagnie des Wagons-lits ») ; *Clunet* 1975. 538, note M. Simon-Depitre, *Dr. Soc.*, 1976. 50, obs. J. Savatier, *Rev. Soc.* 1976. 663, note JL. Bismuth.

² B. Ancel et Y. Lequette, *Les Grands Arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006, n° 53, p. 486.

³ La qualification pourrait en réalité être discutée, en raison du caractère strictement territorial des lois françaises en matière de représentation collective. Sur cette question, qui ne sera pas abordée ici, on se permettra de renvoyer à E. Pataut, « Relire 'Compagnie des Wagons-lits' : La représentation collective des salariés dans l'espace international », *Liber Amicorum en hommage à Pierre Rodière*, LGDJ, 2019, 387-404.

⁴ Sur ce point, v. la présentation générale de P. Rodière, *Traité de droit social de l'Union européenne*, 2^e éd., LGDJ, 2014, pp. 591 et s.

Au-delà des différents montages juridiques auxquels il peut donner lieu, le détachement de travailleur salarié est l'hypothèse dans laquelle un travailleur est temporairement envoyé dans la cadre d'une prestation de services dans un autre État que celui dans lequel il travaille habituellement. Sans être un phénomène marginal, le détachement de travailleur salarié est tout de même d'une importance qui est loin d'être proportionnelle à son ampleur politique⁵. Invité surprise de la ratification de feu le traité constitutionnel en 2005, où l'on se souvient de l'émergence de la nauséabonde figure du « plombier polonais », le détachement a été l'une des seules questions techniques de droit de l'Union européenne à faire l'objet d'un débat entre les différents candidats à l'élection présidentielle de 2017.

A n'en pas douter, les raisons de cette douteuse notoriété résident dans le fait que le détachement est l'une des métaphores les plus saisissantes des difficultés de l'Union : une question technique complexe mais apte à toutes les simplifications illustrant le double discours de dépossession nationale et de concurrence de tous contre tous qui tient aujourd'hui lieu de critique du projet européen.

Démêler l'écheveau de cette complexité n'est guère aisé. Outre qu'il se prête à de très nombreuses fraudes, dont il ne sera pas question ici, le détachement de travailleur salarié est le point de rencontre entre différentes branches du droit et, partant, différentes méthodes : droit de l'Union et droit international privé, bien sûr, mais aussi droit de la sécurité sociale, droit du travail et droit de l'immigration.

Chacune de ces branches se fait une idée particulière, propre à ses caractéristiques spécifiques, de ce qu'est l'impérativité qui, de surcroît, se développe sur plusieurs plans. L'impérativité concerne ainsi parfois la norme interne, qui sera insensible à la volonté contraire des parties, parfois sa projection dans l'ordre international, qui la verra échapper ou résister au mécanisme conflictuel.

Ce sont dès lors différentes formes d'impérativité qui sont mises à l'épreuve par la figure juridique du détachement. A cet égard, l'émergence progressive d'un régime particulier du détachement en droit de l'Union européenne a conduit à une modification spectaculaire du régime de la norme internationalement impérative.

Dans un premier temps, la confrontation entre la norme interne et les exigences du droit de l'Union européenne, tout particulièrement celles relatives à la liberté de circulation, a conduit à la construction d'un équilibre, au sein duquel l'idée même d'impérativité internationale de la norme a été remis en cause (I). Cette remise en cause produit à son tour des effets en cascade, conduisant à une désorganisation partielle des normes internes de droit du travail (II).

I. L'impérativité internationale au prisme du marché intérieur

La plus grande difficulté en matière de détachement, celle qui donne toute sa saveur politique au débat, est née de la volonté d'application des lois des États de destination des salariés. La rencontre entre libre prestation de services et lois de police a donné lieu à de multiples

⁵ Le détachement, selon les chiffres du Parlement européen, représentait 0,4% du nombre total d'emploi dans l'Union en 2016. Source : <https://www.europarl.europa.eu/news/fr/headlines/society/20171012STO85930/travailleurs-detaches-les-chiffres-et-la-reforme-infographie>.

difficultés, aujourd'hui bien identifiées (A), qui ont conduit à une évolution théorique majeure en matière de lois de police en remettant en cause leur traditionnelle impérativité (B).

A. Libre prestation de services et lois de police

En application de l'article 8 du règlement Rome 1, lorsqu'un travailleur est envoyé pendant un temps relativement bref sur le territoire d'un autre État pour y effectuer une prestation de services, la loi applicable à son contrat de travail ne change pas ; le principe de l'application de la loi du pays d'exécution habituelle (souvent appelé « principe du pays d'origine ») reste donc inflexible.

La difficulté d'une telle règle est aujourd'hui bien connue : elle se heurte en effet à une double contrainte.

Première contrainte : celui de l'impérativité du droit national. Sous l'angle de la protection des travailleurs, le maintien de l'application de la loi du lieu d'exécution habituelle apparaît inacceptable aux États qui, comme la France, ont un niveau relativement élevé de protection de ses travailleurs. Il est en effet très difficile d'accepter que des salariés en provenance de l'étranger puissent travailler, même temporairement, à des conditions par trop éloignées de celles qui sont en vigueur sur leur territoire. Le salaire minimum, le temps de travail, pour ne citer que ces deux exemples, sont des matières dans lesquelles les normes minimales imposées par certains États semblent impossibles à éluder dès que le travail s'exécute sur le territoire national.

Techniquement, sous l'angle du droit international privé, la difficulté se résout par l'appel aux lois de police. L'article 9 du règlement Rome 1 permet aux États d'imposer l'application de leurs propres règles, lorsque celles-ci sont considérées dans leur ordre juridique comme des lois de police, c'est-à-dire des lois d'une impérativité telle qu'elles forcent leur application, y compris à l'encontre d'une loi étrangère normalement applicable. On est bien ici au cœur de la notion de loi de police : l'impérativité propre d'une règle, qui en détermine un champ d'application international particulier et unilatéralement déterminé.

Mais, seconde contrainte, cette impérativité doit composer avec les exigences du droit de l'Union et, au sein de celui-ci, du marché intérieur. Celui-ci repose notamment sur quatre grandes libertés de circulation (personnes, capitaux, marchandises et services) dont l'immense importance ne peut être mieux illustrée, en creux, que par les difficultés actuelles de mise en œuvre du Brexit.

Or, en matière de détachement, il a été soutenu que l'application de la loi de l'État de détachement conduisait pour l'employeur à une augmentation de ses coûts et, partant, constituait une entrave à sa liberté de prestation de services. Imposer l'application de la loi du lieu d'exécution temporaire du travail, disait l'argument, revenait à alourdir la charge pesant sur l'employeur, qui devait donc se plier à des exigences réglementaires nouvelles et inattendues, sources de coûts financiers. On voit ici combien les exigences de protection des travailleurs, mises en avant par les États, sont directement opposées à celles de la protection du marché. Il faut toutefois se garder d'une vision trop unilatérale de cette opposition. Les considérations de protection du marché ne sont en effet nullement absentes dans la position des États membres qui souhaitent imposer l'application de leur propre loi au nom de la protection des travailleurs. Les États de départ, la Pologne, notamment, n'ont en effet pas

manqué de souligner que les États destinataires des travailleurs détachés, au prétexte de protection des salariés, protégeaient aussi, ce faisant, leurs opérateurs nationaux⁶.

L'équilibre à trouver, on le voit, était délicat.

Par une série, aujourd'hui assez longue, d'arrêts, dont les premiers jalons datent d'une trentaine d'années⁷, la Cour a développé une réponse en plusieurs temps qui peut être brièvement synthétisée. Elle a tout d'abord estimé que le renchérissement du coût de la prestation de services, résultant de l'application impérative de la loi locale, constituait bien une entrave à la libre prestation de services. Mais elle a ajouté qu'une telle entrave était justifiée par des raisons impérieuses d'intérêt général, en l'occurrence la protection des travailleurs. Une telle justification suppose toutefois que la protection des travailleurs soit réellement assurée par l'application de la loi de l'État de détachement.

L'essentiel de cette jurisprudence a ensuite été reprise et clarifiée par une importante directive de 1996⁸, qui a en 2018 fait l'objet d'une nouvelle et importante modification⁹. La directive détachement a l'avantage d'apporter une certaine sécurité juridique, en donnant une liste précise des matières dont les règles peuvent faire l'objet d'une application impérative de la part de l'État d'accueil. Incontestablement, donc, elle aboutit à un certain équilibre entre protection des travailleurs et protection du marché. Mais, du point de vue de la théorie générale du droit international privé, c'est au prix d'un certain gauchissement de la théorie des lois de police.

B. Le gauchissement des lois de police

Pour résoudre la difficulté à laquelle elle était confrontée, la Cour de justice a réduit l'inconnu au connu, en faisant entrer la question particulière de l'application impérative des normes sociales dans le cadre conceptuel de l'entrave. La solution est habile, mais elle n'est pas sans conséquences et a fait naître des difficultés qui ont été immédiatement aperçues et qui ne sont, aujourd'hui encore, que partiellement réglées. La principale est précisément la remise en cause de l'élément impératif des lois de police.

Le droit de l'Union européenne repose tout entier sur le principe de primauté. Ce simple constat hiérarchique ne peut manquer de remettre en cause l'impérativité des règles internes, qui doivent désormais passer sous les fourches caudines des exigences européennes. Impérative ou pas, la norme nationale doit se conformer au droit de l'Union.

Il n'en reste pas moins que les voies par lesquelles passe cette confrontation hiérarchique peuvent grandement varier. A cet égard, l'un des intérêts théoriques majeurs de la question du détachement de travailleurs est d'avoir montré que le mécanisme conflictuel lui-même pouvait être source de contrariété au droit de l'Union européenne et, de ce fait, d'avoir fait

⁶ Sur l'ensemble de ce débat v. part. « Le détachement de travailleurs en France et dans l'Union européenne », dossier coordonné par M.-A. Moreau », *Dr. soc.* 2016, p. 584 et s.

⁷ V. part. CJCE, 27 avril 1990, *Rush Portuguesa*, aff. C-113/89, *RTDE.* 1990. 632, note Rodière, *Clunet* 1991. 471, Obs. Boutard-Labarde.

⁸ Directive 96/71 du 16 décembre 1996 *concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*, *JOCE.* L. 18 du 21 janvier 1997, p. 1.

⁹ Directive 2018/957 du 28 juin 2018 *modifiant la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services*, *JOUE.* L. 173 du 9 juillet 2018, p. 16.

apparaître d'autres formes de confrontation entre la norme européenne et la norme nationale et, partant, d'autres formes de remise en cause de l'impérativité.

A nouveau, le raisonnement à partir de l'entrave est ici au cœur de la difficulté. Classiquement, en effet, l'interrogation sur l'existence ou pas d'une entrave conduit à un contrôle de proportionnalité. L'entrave n'est constituée que si la règle nationale porte une atteinte disproportionnée à la liberté de circulation visée. En matière de détachement, il revient donc à l'État de prouver que l'application de sa loi n'est pas excessive au regard du principe de liberté de circulation des travailleurs ou de liberté de prestation de services.

Aussi les règles en matière de détachement, qui procèdent directement des libertés de circulation, ont-elles mis à mal certaines règles nationales en matière de circulation des travailleurs. La plupart du temps, ce contrôle prend la forme classique de l'affirmation du principe de primauté et de la désactivation concomitante de la norme nationale.

Ainsi, par exemple, des obligations d'autorisations préalables en matière de détachement. Ces exigences, à mi-chemin entre droit du travail et droit de l'immigration, étaient fréquemment justifiées par les États membres par la volonté d'une part de maîtriser l'immigration de travail sur leur territoire et d'autre part d'assurer une meilleure protection des travailleurs détachés, d'autant mieux protégés qu'ils sont identifiés au préalable. Ces solutions, toutefois, ont été systématiquement censurées par la Cour de justice, comme portant une atteinte excessive à la liberté de circulation¹⁰.

Ces solutions, certes, remettent en cause de façon directe des règles nationales dont l'impérativité ne faisait aucun doute. Elles n'en restent pas moins relativement classiques. En tant que règles administratives limitant la liberté de circulation des travailleurs, elles heurtent de plein fouet les exigences européennes des libertés de circulation. En ce sens, les solutions de la Cour de justice sont traditionnelles, ne concernent nullement le droit international privé et, surtout, sont la conséquence directe du principe de primauté.

Mais parfois, ce contrôle prend d'autres formes, plus complexes. Le raisonnement est en effet beaucoup plus perturbateur lorsqu'il porte directement sur des règles de droit privé et tout particulièrement de droit du travail, dont l'applicabilité est déclenchée par la règle de conflit de lois¹¹. Dans ce cas, en effet, si la jurisprudence de la Cour et les directives en matière de détachement, autorisent l'État d'accueil à imposer sa propre loi dans un certain nombre de matières, c'est à condition d'établir que l'application de celle-ci ne porte pas une atteinte disproportionnée au principe de liberté de circulation. En d'autres termes, il convient de vérifier, comme l'a montré l'arrêt *Arblade*¹², non seulement que l'application de loi du lieu de détachement emporte un véritable avantage pour le travailleur (justification de l'entrave) mais encore que cet avantage n'aurait pas pu être obtenu par d'autres moyens portant une atteinte moins grande à la liberté de circulation (proportionnalité de l'entrave).

Une telle solution conduit nécessairement à une comparaison des lois en présence et tout particulièrement de la loi du lieu d'exécution habituelle du travail, loi d'origine dont

¹⁰ En dernier lieu, parmi une jurisprudence abondante, v. CJUE, 14 novembre 2018, C-18/17, *Danieli*, Une simple obligation de déclaration est en revanche acceptable, v. p. ex. CJUE, 3 décembre 2014, aff. C-315/13, *Edgar Jan de Clercq*.

¹¹ Sur l'ensemble de la question, v. l'important ouvrage de T. Marzal, *La dynamique du principe de proportionnalité*, Institut Varenne, 2014.

¹² CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. C-369/96 et C-376/96, *Rev. Crit. DIP.* 2000. 710, note Fallon.

l'employeur prétend respecter les exigences et loi du lieu de détachement, dont l'État entend au contraire imposer l'application¹³.

La solution est extrêmement déroutante pour les spécialistes de droit international privé, puisqu'elle conduit à abandonner l'une des principales spécificités des lois de police : leur applicabilité immédiate. Désormais, le juge national devra non seulement établir le caractère réellement protecteur de la loi dont il entend imposer l'application, mais encore comparer sa loi de police et la loi normalement applicable pour justifier que l'objectif visé par la loi de police n'est pas déjà atteint par la loi du lieu d'exécution habituelle. Le premier temps du raisonnement oblige à intégrer les objectifs du droit de l'Union dans la qualification même de loi de police, le second temps à comparer les deux lois en présence. On est loin du majestueux *imperium* de la loi de police habituel aux internationalistes.

Elle pose, en outre, une difficulté particulière en droit international du travail : celle d'affaiblir la distinction entre le mécanisme conflictuel lui-même et les lois de police. Rappelons, en effet, que l'article 8 du règlement Rome 1 impose la comparaison des lois entre loi choisie et loi du lieu d'exécution habituelle du travail. Lu à la lumière de la directive détachement et des exigences de la Cour de justice, l'article 9 imposera donc, pour sa part, une comparaison entre la loi du lieu d'exécution habituelle et celle du lieu d'exécution temporaire. Méthodologiquement, le mécanisme n'est pas si différent, conduisant à amenuiser encore un peu la différence conceptuelle entre règle de conflit protectrice et mécanisme des lois de police.

Comme on le voit, la figure du détachement permet de montrer combien l'impérativité, interne comme internationale, de la norme étatique peut être mise à mal par le droit de l'Union européenne. Il faut y insister : la difficulté ne vient pas uniquement du principe de primauté, qui conduit simplement, la plupart du temps, à substituer une norme (européenne) à une autre (nationale) sans tenir compte du caractère plus ou moins impératif de la seconde. Au-delà de cette simple substitution, la mise en œuvre des raisonnements propres au droit de l'Union européenne remet profondément en cause la méthode même de l'impérativité internationale et, singulièrement, des lois de police.

Cette remise en cause n'est pas sans conséquence. Le jeu du droit de l'Union et la mise à l'écart au moins partielle de l'impérativité de la norme conduit en effet à son tour à une désorganisation des normes internes.

II. Désorganisation des normes internes

La difficulté et l'intérêt théorique du régime juridique du détachement vient de ce qu'il s'agit d'un des points de rencontre les plus sensibles entre droit international privé et droit de l'Union européenne. Faute en effet d'un droit du travail commun en Europe, le régime juridique du travailleur détaché reste régi par les normes nationales, qu'il faut donc, classiquement articuler entre elles. C'est l'objet des règles de conflit de lois du règlement Rome 1, pour le droit du travail et des règles de coordination du règlement 883/2004, pour la sécurité sociale. En revanche, la mobilité elle-même est, pour sa part, régie par les normes du

¹³ Comparaison globale imposée notamment par CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni*, aff. C-165/98, *Rev. Crit. DIP*. 2001. 495, note E. Pataut, *RJS* 6/01, p. 487, chr. JP. Lhernould.

droit de l'Union européenne. C'est au nom des normes matérielles régissant la libre prestation de services et la libre circulation des travailleurs que la jurisprudence, puis le législateur, ont imposé le régime européen du détachement.

Il reste que la répartition entre normes matérielles européennes et normes matérielles nationales désignées par les règles de conflit n'est pas toujours aussi harmonieuse que cette rapide présentation pourrait le laisser penser.

D'abord, en effet, les normes de droit du travail sont, en droit interne, plures. La loi y tient une place considérable, mais les conventions collectives tout autant, de même que l'aiguillon des actions collectives. A cet égard, les leçons de l'arrêt *Laval* sont très ambiguës et continuent à susciter de graves difficultés en matière de relations collectives de travail (A).

D'autre part, la volonté de mieux encadrer les conditions de la concurrence normative et du dumping social a conduit à contrôler plus étroitement l'articulation entre loi d'origine et loi du détachement. L'exemple de la rémunération vient ici montrer combien les normes substantielles européennes peuvent modifier le processus même d'articulation des normes et, par ricochet, leur impérativité (B).

A. Leçons de l'arrêt *Laval* : les rapports collectifs de travail

Les célèbrissimes affaires *Laval* et *Viking*¹⁴ ont constitué une grande secousse de l'Europe sociale. Ces affaires, on s'en souvient, concernaient des actions syndicales visant à imposer des protections particulières à des travailleurs de la construction détachés dans le cadre d'une prestation de services (*Laval*) et à des marins désavantagés par l'exercice par l'employeur de sa liberté d'établissement (*Viking*).

L'affaire *Laval*, plus spécifiquement, concernait le refus d'un employeur letton ayant détaché des travailleurs sur un chantier d'adhérer à une convention collective suédoise et au blocus du chantier par les syndicats suédois qu'il a entraîné. La Cour de justice donna raison à l'employeur et condamna une atteinte excessive aux libertés de circulation. Celle-ci estima en effet, en déroulant son raisonnement habituel, qu'une entrave à la libre prestation de services était bien constituée ; que celle-ci pouvait certes être justifiée par un droit fondamental à mener une action collective, qu'elle consacra au passage ; mais, toutefois, qu'une telle justification supposait que soit respectée une exigence de proportionnalité non remplie en l'espèce. Ajoutons que la directive détachement n'était d'aucun secours : s'agissant d'une convention collective qui n'était pas étendue, mais applicable simplement à ses signataires, celle-ci ne pouvait bénéficier du mécanisme d'application impérative prévu par la directive¹⁵.

Au détour d'une discussion sur le détachement de travailleurs salariés, donc, la Cour de justice touche à deux fondements des relations collectives du travail : les actions collectives, d'une part, les conventions collectives, d'autre part. Dans les deux cas, l'onde de choc se fait encore sentir, plus de dix ans après.

¹⁴ CJCE, *Laval*, aff. C-341/05 du 18 décembre 2007 ; CJCE, *Viking*, 11 décembre 2007, C-438/05.

¹⁵ Cet arrêt, ici très sommairement résumé, et son jumeau *Viking* ont entraîné une avalanche de commentaire, généralement critiques, sur lesquels il n'est pas ici nécessaire de revenir en détail. Pour une méta-analyse, v. part. V. Champeil-Desplats et E. Millard, « *Viking* et *Laval* : que reste-t-il du droit social européen », *Mélanges A. Lyon-Caen*, Dalloz, 2018, p. 205.

1. Hiérarchie : action collective et libertés de circulation

La première difficulté est conceptuelle. En recourant au cadre théorique de l'entrave, la Cour de justice a imposé une logique de principe (la liberté de circulation) à exception (la protection des travailleurs). Elle impose dès lors une hiérarchie, partiellement quoiqu'implicitement reprise par la directive détachement, entre objectifs sociaux et objectifs économiques. Les règles de droit du travail sont en effet qualifiées d'entraves aux libertés de circulation, entrave certes justifiée, mais entrave tout de même et, de ce fait, dans une position structurelle de faiblesse par rapport au principe de la liberté de circulation. Conceptuellement contestable, la solution a dans les affaires *Laval* et *Viking*, répétées quelques années après¹⁶, conduit à de graves difficultés pratiques en matière de conflits collectifs.

Les difficultés très concrètes auxquelles se sont heurtées les syndicats, en effet, venaient précisément de cette hiérarchisation entre principe et exception. L'action collective à laquelle ils se livraient étant, aux yeux de la Cour, constitutive d'une entrave elle devait donc faire l'objet d'une justification particulière pour pouvoir être considérée comme conforme au droit de l'Union. En d'autres termes, la solution de la Cour et tout particulièrement son contrôle de proportionnalité conduisait directement à une ingérence judiciaire dans le droit de décider de mener ou pas une action collective et d'en apprécier le bien fondé. Elle explique, aussi qu'à sa suite, la Suède ait adopté une loi, significativement appelée « lex Laval » dont l'objet était précisément de restreindre les actions collectives de salariés visant à la conclusion d'une convention collective. Concrètement, en effet, cette loi limitait doublement le droit d'action collective à l'encontre d'une entreprise employant des travailleurs détachés. D'une part, ces actions ne pouvaient avoir lieu que dans un certain nombre de domaines, correspondant pour l'essentiel au domaine décrit dans la directive détachement ; d'autre part, ces actions ne pouvaient avoir d'autre objet que d'imposer à l'employeur le respect des prescriptions minimales, notamment en matière de rémunération, à l'exclusion de revendications plus exigeantes. En d'autres termes, l'affaire *Laval* est directement à l'origine d'une restriction extrêmement vigoureuse du droit de mener une action collective, au point, d'ailleurs, d'avoir été condamnée par le Comité européen des droits sociaux en application de la Charte sociale européenne¹⁷.

Quoi qu'il en soit, comme on le voit, si la hiérarchisation entre droit de mener une action collective (par ailleurs qualifié de droit fondamental par la Cour) et liberté de prestation de services était la résultante directe des contraintes argumentatives particulières liées à la qualification d'entrave, elle n'en est pas moins difficile à justifier, notamment au regard des objectifs généraux du droit de l'Union qui ne procèdent nullement à une telle classification, et difficilement compatible avec l'impérativité qui est traditionnellement et sans discussion possible, reconnue aux règles sur les conflits collectifs du travail.

Aussi ne faut-il pas s'étonner qu'elle ait suscité, dans l'Union européenne même, de vigoureuses contestations et plusieurs tentatives de résolution. En ce qui concerne spécifiquement l'action collective, la première tentative est venue de la proposition dite

¹⁶ CJUE, 8 juillet 2014, aff. C-83/13, *Fonnship*.

¹⁷ CEDS, 3 juillet 2013, *Confédération générale du travail de Suède (LO) et Confédération générale des cadres, fonctionnaires et employés (TCO) c. Suède*, n°85/2012, sur laquelle v. K. Chatzilaou, « La réponse du Comité européen des droits sociaux aux arrêts *Viking* et *Laval* », *RDT*, 2014, 160 et N. Moizard, « Le droit d'action collective en droit de l'Union après la décision *LO et TCO c. Suède* du Comité européen des droits sociaux », *RTDH*, 2015, p. 603. La loi a finalement été abrogée par le parlement suédois.

« Monti 2 »¹⁸, qui était très courte et visait essentiellement à abandonner cette hiérarchie entre libertés de circulation et droit fondamental à mener une action collective qui résultait de la jurisprudence de la Cour de justice. Le principe de subsidiarité aura toutefois eu raison de cette proposition. Le Sénat français a en effet, en application de l'article 5 §3 TUE, adopté une résolution, bientôt suivie par plusieurs autres Parlements, selon laquelle cette proposition portait une atteinte excessive au principe de subsidiarité. Cette solution a conduit la Commission à retirer purement et simplement le texte en 2013. Quoique vigoureusement critiquée, la solution antérieure fut donc maintenue¹⁹.

L'idée n'en a pas moins fait son chemin et la formulation de la proposition Monti 2 se retrouve en partie dans le nouvel article 1 bis de la directive détachement modifiée par la directive de 2018 :

« –1 bis. La présente directive ne porte en aucune manière atteinte à l'exercice des droits fondamentaux reconnus dans les États membres et au niveau de l'Union, notamment le droit ou la liberté de faire grève ou d'entreprendre d'autres actions prévues par les systèmes de relations du travail propres aux États membres, conformément à la législation et/ou aux pratiques nationales. Elle ne porte pas non plus atteinte au droit de négocier, de conclure et d'appliquer des conventions collectives ou de mener des actions collectives conformément à la législation et/ou aux pratiques nationales ».

A dire vrai, la solution n'est pas entièrement nouvelle, puisqu'elle figurait déjà, en partie, dans le considérant n°22 de la directive de 1996. L'insérer dans le texte même, en la développant, n'est toutefois pas neutre en raison de l'évidente infériorité normative des considérants.

Il n'en reste pas moins qu'à ce stade, la valeur juridique exacte de cette règle n'est pas aisée à déterminer. D'un strict point de vue juridique, il est douteux qu'une simple règle de droit dérivé puisse remettre en cause une jurisprudence qui, pour sa part, prend appui directement sur le droit primaire. D'autre part, l'affirmation de ce nouvel article 1 bis est trop vague pour être directement opératoire. Affirmer que la directive « *ne porte pas atteinte* à l'exercice des droits fondamentaux » (c'est moi qui souligne) est susceptible de nombreuses interprétations. La plus pessimiste voit dans cette règle nouvelle une simple déclaration d'intention dépourvue de portée ; la plus optimiste conduit à penser qu'une action collective ne pourrait jamais être qualifiée d'entrave. Faute d'éléments déterminants permettant de faire pencher la balance, on se contentera d'observer qu'en toute hypothèse, l'impérativité internationale des règles en matière de conflits collectifs a été sérieusement mise à mal par cadre conceptuel de l'entrave, utilisé par la Cour.

Il en est de même, peut-être de façon encore plus spectaculaire, pour les conventions collectives.

2. L'impérativité des conventions collectives

¹⁸ Commission Européenne, « 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 de services », COM (2012) 130 final du 21 mars 2012.

¹⁹ Sur cette séquence, v. F. Dorssemont, « *In memoriam* avant la résurrection : la clause 'Monti' pour pallier le désenchantement de l'intégration économique européenne à la suite des arrêts Viking et Laval », in : F. Dorssemont et al. (dir.), *Le travail détaché face au droit européen*, Larcier, 2019, p. 35.

Incontestablement, la question de l'impérativité internationale des normes conventionnelles est aussi difficile que non résolue²⁰. En droit interne, les conventions collectives reposant sur l'autonomie de la volonté des partenaires sociaux, elles posent des difficultés particulières d'articulation avec la norme légale, et, en droit comparé la mesure dans laquelle celle-là peut supplanter celle-ci est très variable d'un État à l'autre. Ces hésitations se retrouvent en droit international privé, où la place de la convention collective de travail est une question aujourd'hui encore largement discutée.

A nouveau, cette difficulté s'est trouvée au cœur de l'affaire *Laval*, où était en cause l'application non pas d'un salaire minimal garanti par la loi, mais bien d'une rémunération fixée par une convention collective.

L'esprit — très français — de la directive détachement, repose sur un système de relations sociales dans lequel la loi étatique a une part prédominante, soit par le biais de normes législatives, soit par le biais de normes conventionnelles qui sont, pour le dire dans les termes même de la directive de 1996, déclarées « d'application générale ». Or, comme l'Europe entière l'a appris au moment de l'affaire *Laval*, il existe des États dont les relations sociales ne reposent pas sur ce système, mais sur un tissu dense de conventions collectives de libre adhésion, sans mécanisme d'extension à la française. Tel est bien le cas, notamment de la Suède. Ces États ont une vision très différente des relations sociales, empreintes de confiance entre les partenaires sociaux, de négociation collective permanente et sous l'égide d'un taux de syndicalisation élevé. Tout cela conduit à des mécanismes dans lequel *de jure* l'adhésion à une convention collective n'est pas obligatoire, même si *de facto*, le taux de couverture conventionnel est en réalité extrêmement important.

A nouveau, la réaction de la Cour a eu d'importantes conséquences. En ce qui concerne les conventions collectives, la Cour de justice a estimé que la directive détachement était purement et simplement inapplicable. La solution pouvait pourtant se discuter ; elle l'avait été notamment par l'Avocat général Mengozzi, qui proposait de s'appuyer sur la considération factuelle de l'applicabilité générale de ces conventions pour en déduire le caractère obligatoire²¹. Telle n'a pas été l'opinion de la Cour (n°71), qui s'en est tenue à une stricte analyse juridique, peut-être un peu sèche : en droit suédois, la convention collective n'est pas d'application générale, le gouvernement suédois n'a pas utilisé la procédure particulière de déclaration ouverte par la directive permettant de déclarer que telle convention collective fait partie du « noyau dur » dont l'application est garantie aux travailleurs détachés ; dès lors, affirme-t-elle, la directive n'est pas applicable, faute de norme impérative à appliquer.

La solution a donc bien fait apparaître un trou béant dans le mécanisme même de l'application impérative : celui des conventions collectives non étendues, que les développements postérieurs de la jurisprudence de la Cour n'ont pas permis de combler²². La solution *Laval* est

²⁰ Sur l'ensemble de la question, v. l'étude toujours essentielle de P. Rodière, *La convention collective de travail en droit international*, Litec, 1987.

²¹ P. Mengozzi, *Conclusions*, n° 170 et s.

²² CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, aff. C-346/06, dans lequel la Cour a estimé qu'une autorité publique ne pouvait pas inclure dans un marché public une clause de respect d'une convention collective dès lors que celle-ci ne s'appliquait pas dans le secteur privé. Sur l'ensemble, v. not. S. Robin-Olivier, « Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale : le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail », *RTDE*. 2008. 485 ; il est vrai qu'une affaire postérieure a pu rassurer sur la capacité des opérateurs publics à subordonner un marché public au respect d'un salaire minimal, mais sans aborder la question des conventions collectives : CJUE, 17 novembre 2015, aff. C-115/14, *Regio Post*.

certes directement ou indirectement à l'origine de l'introduction de lois sur le salaire minimum dans certains États (en Allemagne notamment), mais il n'en demeure pas moins que la solution montre ici combien les normes consensuelles collectives restent difficile à faire entrer dans un schéma de pensée, celui des lois de police, qui repose fondamentalement sur l'*imperium* de la loi. Vue de France, cette difficulté, qui n'est nullement réglée par la nouvelle mouture de la directive²³, ne peut qu'être amenée à se développer en raison de la volonté politique forte, notamment depuis les ordonnances dites « Macron », de donner la plus grande importance aux conventions collectives d'entreprise²⁴.

On voit donc combien l'affaire *Laval*, plus de dix ans après, a permis de mettre en lumière les très importantes difficultés, encore largement irrésolues, posées par l'application de la directive détachement. Il ne suffit pas d'affirmer l'applicabilité de la loi du lieu de détachement et, plus largement, la volonté d'aplanir les conditions de concurrence sociale entre États. La réalisation de ce programme soulève d'importants obstacles théoriques et pratiques qui illustrent à l'envi les difficultés que posent l'insertion de règles nationales impératives dans les schémas du droit de l'Union.

Il est vrai que la nouvelle mouture de la directive n'est pas restée insensible à ces objections. On a vu, déjà, qu'elle a tenté par une phrase dont le sens reste à déterminer, de résoudre l'articulation entre conflit collectif et liberté de circulation ; sans traiter directement de la question de la convention collective, elle n'en a pas moins essayé de régler l'une des difficultés principales de celle-ci : la détermination de la rémunération.

B. La rémunération

La question de la rémunération est, bien évidemment, au cœur de toute relation de travail et, par voie de conséquence, des difficultés en matière de détachement de travailleurs salariés. L'avantage compétitif pouvant bénéficier aux employeurs est en effet d'abord et avant tout la possibilité pour ceux-ci de payer moins leurs salariés détachés, comparativement aux salariés « locaux », c'est-à-dire dont le contrat est soumis à la loi du lieu de détachement. Aussi ne faut-il pas s'étonner que le paiement des salaires figure en bonne place dans la directive de 1996. Celle-ci prévoit en effet à l'article 3-1 c que le « taux de salaire minimal » prévu par la loi ou les conventions collectives d'application générale du pays vers lequel le salarié est détaché doit être impérativement respecté. La *ratio legis* est ici fort claire. La volonté du législateur est en effet d'imposer le respect du salaire minimal de l'État d'accueil, par un calcul qui semble assez simple au premier abord : si le salaire versé au travailleur est inférieur au salaire minimal imposé par l'État d'accueil, ce dernier doit être substitué au salaire contractuellement stipulé.

La théorie est simple. La pratique s'est avérée, comme toujours, infiniment plus complexe. La notion de rémunération est en effet d'un maniement plus difficile que prévu, entraînant d'inévitables difficultés quant à la comparaison même des rémunérations.

²³ Sur ce point, v. p. ex. A. Defossez, « Révision de la directive Détachement : coup d'épée dans l'eau ou nouveau départ ? », *RDT*. 2018. 874.

²⁴ Sur ce point, v. par ex. G. Auzero, D. Baugard et E. Dockès, *Droit du travail*, Précis Dalloz, 31 e éd., 2018, part. pp. 1618 et s.

1. La notion de rémunération

Le premier problème, d'apparence technique et modeste, mais d'une évidente importance pratique est celui de la détermination même de ce qu'il faut entendre par les termes « salaire minimal ». L'article 3§1 litt. c de la directive de 1996 impose en effet uniquement que les règles sur le salaire minimal de l'État d'accueil soient respectées. Sous l'angle français, la question ne pose *a priori* guère de difficulté de principe. Le salaire minimal est, pour l'essentiel, fixé par la loi éventuellement corrigée par des conventions collectives de branches²⁵. Dès lors, imposer le respect du salaire minimal, au sens de l'article 3 de la directive de 1996, c'est bien imposer l'application d'une norme apparemment aisément disponible.

Une question, pourtant, demeure : que faut-il en effet entendre exactement par « salaire minimum » ? La rémunération d'un salarié, en effet, est souvent fort variable et si le salaire, au sens étroit, en constitue une partie essentielle, d'autres éléments qui répondent à des dénominations variées (heures supplémentaires, primes, allocations, majorations...) n'en constituent pas moins elles aussi une part importante. Or, la pratique a rapidement montré que, dans le cas du détachement, ces éléments de rémunération pouvaient poser d'importantes difficultés, notamment parce que l'opération même de détachement entraînait des frais dont la nature restait discutée.

La directive de 1996, sur ce point, reste relativement vague dans la mesure où, si elle précise bien que les heures supplémentaires font partie de la rémunération (article 3-1 c), elle ajoute simplement, à l'article 3-7 que :

« Les allocations propres au détachement sont considérées comme faisant partie du salaire minimal, dans la mesure où elles ne sont pas versées à titre de remboursement des dépenses effectivement encourues à cause du détachement, telles que les dépenses de voyage, de logement ou de nourriture. »

La précision est bienvenue, mais largement insuffisante, comme en témoigne le contentieux devant les juridictions nationales²⁶ et, surtout, européenne²⁷. Était en cause dans cette dernière affaire une situation de détachement, qui opposait un syndicat finlandais à un employeur polonais. Celui-ci avait détaché un grand nombre de salariés en Finlande, par des contrats explicitement soumis au droit polonais. Les syndicats finlandais exigeaient toutefois, en application de la directive, la mise en œuvre du droit finlandais, lequel prévoyait un certain nombre de primes et autres allocations dont l'employeur polonais contestait qu'ils fussent assimilés au « salaire minimal » au sens de la directive.

La Cour fut donc amenée à préciser de la façon la plus nette comment qualifier différentes indemnités prévues par le droit finlandais applicable et en l'espèce, à considérer qu'appartenaient à la notion de « salaire minimal » l'indemnité journalière, l'indemnité de trajet et le pécule de vacances mais que n'en relevaient en revanche pas la prise en charge du logement et l'allocation sous forme de bons d'alimentation.

Cette analyse a ensuite été largement reprise par la nouvelle directive, qui a modifié sur ce point le texte de 1996. Substituant en effet la notion de « rémunération », désormais seul point de référence à celle de « salaire minimal » utilisée en 1996, la directive 2018/957 précise

²⁵ G. Auzero *et al.*, *Droit du travail*, 31^e éd., Dalloz, 2018, pp. 1138 et s.

²⁶ Soc, 13 novembre 2014, *Rev. Crit.* 2015. 396, note F. Jault-Seseke, *DS* 2015. 91, note JP Lhernould.

²⁷ CJUE, 12 février 2015, aff. C-396/13, *Sähköalojen ammattiliitto*, *Europe* 2015. 160, obs. L. Driguez, *Rev. Crit.* 2015. 680, note S. Corneloup, *Droit Social* 2015. 234, note JP. Lhernould.

en effet ce qu'il faut entendre par rémunération, en distinguant les sommes qui sont octroyées à titre de remboursement des frais liés au détachement (qui n'entrent pas dans la rémunération) des autres allocations (qui en font partie)²⁸. Il n'est pas ici question d'entrer dans le détail d'une difficulté qui résulte essentiellement de la technique de droit du travail, simplement de remarquer que la simplicité de l'application impérative de la loi de police s'en trouve considérablement complexifiée. A nouveau, nulle comparaison abstraite ici des niveaux de rémunérations respectifs des règles de l'État d'origine et de l'État d'accueil. Il reviendra bien, au juge saisi de regarder en détail ce qui relève du « noyau dur » de l'impérativité et ce qui n'en relève pas.

L'analyse est intéressante et change de la vision exagérément restrictive que la Cour avait pu défendre en d'autres occasions, en veillant à ce que la notion même de salaire minimal ne porte pas atteinte à la liberté de prestation de services²⁹. On peut même la juger convaincante. L'actualité se charge en effet de rappeler régulièrement que les pratiques des employeurs en matière de détachement peuvent parfois être extrêmement contestables, consistant pour l'employeur à supprimer par le biais de facturation de frais divers à leurs salariés les éventuels avantages salariaux qu'ils tireraient de l'opération de détachement³⁰.

Elle n'en pose pas moins une difficulté de principe.

L'objet de la directive n'est pas, en effet, de déterminer un niveau européen de rémunération. En toute hypothèse, l'Union serait dépourvue de compétence pour ce faire en raison de l'article 153 §5 TFUE, qui exclut la rémunération des compétences sociales de l'Union.

L'objet de la directive est uniquement de garantir que ce qui est impératif dans l'ordre interne pour les travailleurs soumis au droit local soit garanti aux travailleurs détachés habituellement soumis au droit de leur pays de lieu d'exécution habituelle du travail. Dans cette mesure, il devrait en théorie revenir non pas au droit de l'Union, mais bien au droit national, de décider ce qui est impératif et ce qui relève de l'autonomie de la volonté au sein même de la rémunération. C'est d'ailleurs ce que dit la directive elle-même dont le nouvel article 3 paragraphe 1 affirme que :

« la notion de rémunération est déterminée par la législation et/ou les pratiques nationales de l'État membre sur le territoire duquel le travailleur est détaché et s'entend de tous les éléments constitutifs de la rémunération rendus obligatoires par des dispositions législatives, réglementaires ou administratives nationales, ou par des conventions collectives ou des sentences arbitrales qui, dans cet État membre, ont été déclarées d'application générale ou qui s'appliquent à un autre titre conformément au paragraphe 8 ».

Il n'en reste pas moins qu'en donnant précisément la liste des éléments à faire rentrer dans la rémunération, la directive fait plus qu'inciter à une qualification impérative de ces éléments de la rémunération. Il appartient certes toujours au droit national de qualifier ce qui

²⁸ V. sur ce point les termes du nouvel article 3§7 de la directive, tel qu'éclairés par les considérants 18, 19 et 20. Pour une analyse plus en détail v. part. F. Muller, « La révision des règles en matière de détachement des travailleurs », *RTDE*. 2018. 75, spéc. pp. 85 et s.

²⁹ CJUE, *Isbir*, 7 novembre 2013, C-522/12. Les réserves de la Cour, significativement, ne sont pas reprises dans la directive de 2018, sur ce point, v. M. Rocca, « La réforme de la directive détachement », in : F. Dorssemont et al. (dir.), *Le travail détaché face au droit européen*, 2019, p. 15, spéc. p. 22.

³⁰ Sur ce point, v. L. Bernsten et N. Lillie, « Breaking the Law ? Varieties of social dumping in a pan-European Labour Market », in : M. Bernaciak (dir.), *Market Expansion and Social Dumping in Europe*, Routledge, 2015, p. 43.

appartient ou pas à la rémunération comme l'affirme l'article 3. Ce qui doit ou pas être qualifié de règle impérative, en revanche, passe désormais en partie sous les fourches caudines d'une qualification européenne. A nouveau, l'atteinte à l'impérativité n'est pas mince.

Cette ambiguïté se retrouve, surtout, lorsqu'il est question de la comparaison des rémunérations.

2. La comparaison des rémunérations

L'objectif principal de la réforme de 2018, portée notamment par la France, était de lutter contre le dumping social, c'est-à-dire à une forme de concurrence par le moindre coût du travail. Dans ce cadre, la rémunération est bien évidemment au centre des débats. Or, présenté par l'ensemble du personnel politique, la directive de 2018 est devenue l'instrument de la consécration du principe « à travail égal, salaire égal »³¹.

A nouveau, l'intention est louable et politiquement forte. Elle reste, pourtant, juridiquement difficile à traduire dans la loi. Le principe du salaire minimal, en effet, est bien par nature, d'introduire une rémunération plancher, en-deçà de laquelle il est interdit de se situer. En revanche, une fois ce plancher atteint, la liberté contractuelle reprend ses droits. Dans un système national donné et pour une activité économique donnée, une rémunération peut être dans l'ensemble supérieure au minimum imposé par la loi. Mais ce constat est statistique et économique et non juridique. Un employeur peut donc parfaitement proposer un salaire qui s'écarte de la norme statistique. S'il trouve quelqu'un pour occuper l'emploi, rien ne l'interdit.

Transposée à la situation du travailleur détaché, ce constat incite à penser que rien, légalement, n'impose à un employeur d'offrir aux travailleurs détachés la même rémunération que celle qui est offerte *en pratique* dans le pays de détachement, dès lors qu'il respecte les règles sur le salaire minimal dans ce pays et sur ce point essentiel, la directive ne change rien.

Les instruments d'incitation, certes, ont été puissamment renforcés. Le premier vient d'être étudié : c'est l'inclusion de toute une série d'avantages, de primes ou de frais dans le calcul de la rémunération minimale. Le second est extra juridique : c'est l'accès à l'information. A partir du moment, en effet, où le travailleur détaché se voit promettre l'accès à la rémunération de l'État d'accueil, encore faut-il que cette information soit disponible. L'extrême diversité des systèmes nationaux en la matière rend cette tâche particulièrement difficile, comme l'ont d'ailleurs montré les études de la Commission européenne³² ou de la doctrine³³. Il ne faut pas être surpris, dès lors, de constater que la nouvelle version de la

³¹ V. par exemple les mots du président Juncker : « un même travail effectué au même endroit devrait être rémunéré de manière identique », cité par M. Rocca, « La réforme de la directive détachement », in : F. Dorssemont et al. (dir.), *Le travail détaché face au droit européen*, 2019, p. 15, spéc. p. 21. Dans le même sens, v. les présentations de la presse française, p. ex. J. Quatremer, « travailleurs détachés : la victoire européenne de Macron », *Libération*, 24 octobre 2017.

³² Commission européenne, « Study on wage-setting mechanisms and minimum rates of pay applicable to posted workers in accordance with Dir. 96/71/EC in a selected number of Member States and sectors », Janvier 2016. Disponible sur le site internet de la Commission : <https://ec.europa.eu/social/main.jsp?catId=471&langId=fr>.

³³ Not. J. P. Lhernould et B. Palli, « Posted workers remuneration : comparative study in nine EU countries and four sectors », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2017. 123.

directive détachement impose de fortes obligations aux États membres en matière de transparence, de publication et de mise à disposition de l'information³⁴. L'obligation d'information est à cet égard essentielle et l'on ne peut donc que se féliciter de la récente création de l'Autorité Européenne du Travail³⁵, dont ce sera l'une des tâches, tant les États membres ont, en la matière, failli³⁶.

Il n'en reste pas moins qu'aucun de ces instruments ne permet de garantir à un travailleur détaché qu'il sera payé au même niveau que son homologue local. Une telle solution, en réalité, supposerait un changement complet de mode de raisonnement, qui passerait d'un mécanisme de protection de l'impérativité à un mécanisme de promotion de l'égalité.

Ce mécanisme existe, c'est celui de la lutte contre les discriminations. La lutte contre les discriminations est en effet une politique centrale de l'Union européenne, dont le cœur est bien la comparaison entre deux situations et la condamnation d'éventuelles différences entre elles.

Il n'est pas exclu que ce mode de raisonnement influence peu à peu la détermination de la rémunération des travailleurs détachés. Le considérant n° 6 de la directive de 2018 affirme en effet que :

« Le principe de l'égalité de traitement et l'interdiction de toute discrimination fondée sur la nationalité sont consacrés dans le droit de l'Union depuis les traités fondateurs. Le principe de l'égalité des rémunérations est mis en œuvre par le droit dérivé, non seulement entre les femmes et les hommes, mais aussi entre les travailleurs sous contrat à durée déterminée et les travailleurs sous contrat à durée indéterminée comparables, entre les travailleurs à temps partiel et les travailleurs à plein temps et entre les travailleurs intérimaires et les travailleurs comparables de l'entreprise utilisatrice. Ces principes comprennent l'interdiction de toute mesure qui constitue, directement ou indirectement, une discrimination fondée sur la nationalité. La jurisprudence pertinente de la Cour de justice de l'Union européenne doit être prise en considération pour l'application de ces principes. »

La phrase, à dire vrai (outre qu'elle figure uniquement dans les considérants) est d'une grande ambiguïté. Elle ne consacre pas explicitement le principe de l'égalité de rémunération. Elle n'en ouvre pas moins une nouvelle ligne d'argumentation possible : celle de la discrimination.

A supposer qu'elle soit entendue par la Cour de justice, cette ligne d'argumentation modifierait en profondeur l'approche jusqu'ici suivie en matière de détachement. Comparer deux situations et condamner une éventuelle discrimination serait en effet aller beaucoup plus loin, politiquement, et dans une direction radicalement différente, méthodologiquement, que simplement imposer le respect de la norme de l'État d'accueil.

L'avenir dira si cette voie est féconde. En toute hypothèse, elle achèverait une évolution qui a entraîné une modification en profondeur de l'impérativité internationale de la norme sociale.

³⁴ Directive 2018/957, article 1. Ces obligations étaient déjà en parties posées par la directive d'exécution de 2014, d'ailleurs citée par celle de 2018.

³⁵ Règlement (UE) 2019/1149 du 20 juin 2019 instituant l'Autorité européenne du travail, JOUE n°L 186 du 11 juillet 2019, p. 21.

³⁶ F. Muller, *article précité*, p. 86.