

La consécration d'un salaire minimum légal dans un système juridique d'autonomie collective

Marcel ZERNIKOW, doctorant en droit international et européen à l'université Paris I Panthéon-Sorbonne

Le 1^{er} janvier 2015 est entrée en vigueur la loi introduisant un salaire minimum légal en Allemagne. Cette loi devait marquer un changement longuement revendiqué, en faveur d'une plus grande justice salariale. D'une impérativité quasi absolue, le salaire minimum légal bouleverse également les sources du droit du travail allemand, dont la fameuse autonomie collective.

The German Minimum Wage Act entered into force on 1st January 2015. This law marked a change which had been expected for a while, by contributing to wage justice. Due to its quasi absolutely mandatory effect, it overwhelmed certain core principles of German Labour Law, namely the principle of the collective autonomy.

La loi allemande portant « *réglementation d'un salaire minimum général* » (*MiLoG*) s'inscrit dans un contexte d'actualité au niveau de l'Union européenne, le Parlement européen venant de recommander aux Etats membres l'adoption d'« *un salaire minimum proportionnel à la situation socio-économique du pays* »¹. L'Allemagne est le 22^e pays de l'Union européenne à avoir adopté un salaire minimum légal. Les niveaux de salaire divergent fortement : tandis que le taux horaire minimal de 1,06 euros bruts en Bulgarie² est le plus faible, il s'élève à 9,67 euros bruts en France, voire à 11,12 euros bruts au Luxembourg.

La réglementation du salaire minimum en Allemagne constituait l'élément essentiel de la loi dite sur « *le renforcement de l'autonomie collective* »³, adoptée le 11 août 2014, et consacrait une revendication syndicale, qui finissait par être largement soutenue par les Allemands. Différentes propositions de lois avaient d'ailleurs été discutées bien avant que le parti social démocrate (*SPD*) obtienne que le salaire minimum fasse l'objet du contrat de coalition du 16 décembre 2013, conclu par le gouvernement actuel (*CDU/CSU et SPD*).

Dans le système juridique allemand, la fixation des salaires minima incombe en principe à l'autonomie collective, c'est-à-dire à des conventions collectives conclues par les syndicats et les organisations patronales, le plus souvent au niveau des branches, et qui produisent un effet normatif sur les seuls contrats de travail des employeurs et salariés syndiqués. Ainsi, l'existence ou non d'un salaire minimum dans une branche (et d'un salaire minimum décent) dépendait de la question de savoir si les syndicats étaient « *capables de négocier* » des conventions collectives, c'est-à-dire selon la jurisprudence constante s'ils étaient suffisamment « *puissants socialement* » par rapport à la partie patronale.

Sous une pression incessante, le législateur s'était déjà attaché depuis les années 2000 à étendre progressivement les minima conventionnels existants, de façon à ce qu'ils soient applicables à tous les employeurs et salariés de la branche, y compris à ceux qui n'étaient pas membres des organisations signataires. Et comme la procédure d'extension de la loi sur les conventions collectives (§ 5 *TVG*) était soumise à des conditions restrictives, le gouvernement allemand a dès 1999 créé une procédure spécifique plus souple d'extension dans la loi qui transpose la directive européenne sur le détachement (*AEntG*) et qui a été utilisée bien au-delà du secteur de la construction et bien au-delà de la problématique du détachement⁴. De ce fait, avant même l'adoption de la *MiLoG*, la majorité des salariés allemands bénéficiaient déjà d'un salaire minimum « *négocié* », notamment de la construction, des soins de santé et du travail temporaire, etc. Parmi eux, un dixième travaillait à un salaire minimum conventionnel inférieur au taux horaire de 8,50 euros introduit par la

¹ Résolution législative du Parlement européen du 8 juillet 2015 sur la proposition de décision du Conseil

² Ces données correspondent aux taux en vigueur le 1^{er} janvier 2015 :

de.statista.com/statistik/daten/studie/37401/umfrage/gesetzliche-mindestloehne-in-der-eu/ (consulté le 22 septembre 2015).

³ Cette loi était soumise au vote des 631 députés du *Bundestag*, dont 5 s'y opposaient et 61 s'abstenaient.

⁴ La loi dite *Tarifautonomiestärkungsgesetz* a maintenu cette procédure et l'a ouverte à toutes les branches.

nouvelle loi⁵. Les niveaux de salaires conventionnels les plus faibles concernaient la boucherie et les prestations de services. Dans certaines branches, il n’y avait aucune convention collective fixant des minima salariaux.

C’est d’ailleurs dans ces branches, parmi lesquelles figuraient la gastronomie, les soins et l’aide aux personnes ainsi que d’autres services, que les recours aux bas salaires étaient récurrents. Ils avaient pour point commun d’impliquer des salariés qui cumulaient revenus du travail et allocations de solidarité⁶.

Bref, l’adoption d’une réglementation légale sur l’encadrement des salaires a fini par s’imposer (partie I). D’une portée impérative, la nouvelle disposition écarte, sous réserve de règles transitoires, toutes les conventions collectives moins favorables conclues en la matière. La question reste posée de savoir si l’atteinte que porte cette loi sur le salaire minimum légal est justifiée et proportionnée (partie II).

I. LE SALAIRE MINIMUM – DE LA JUSTIFICATION A L’ADOPTION D’UN MINIMUM LEGAL

Tandis que la justification de l’adoption d’une loi introduisant une protection contre les bas salaires était longtemps discutée (A), un salaire minimum légal, d’une portée *quasi* générale, a finalement pu être adopté (B).

A. La justification : la protection contre les très bas salaires

En Allemagne, le droit du travail relève du droit civil général dont le principe conducteur est celui de l’autonomie privée⁷. De ce point de vue strictement civiliste, le salaire est juste parce qu’il est convenu par les parties au contrat ou à la convention collective⁸. Cette école classique qui refuse la réglementation étatique du salaire minimum s’appuie sur le fonctionnement de l’économie de marché, dans laquelle les prix s’orientent selon l’appréciation du demandeur⁹. Dans un système juridique où le salaire est majoritairement associé au juste prix sur le marché¹⁰, un

⁵ Il convient de préciser qu’en France, 10,8 % des salariés bénéficiaient de la revalorisation du SMIC en 2014 (www.insee.fr/fr/themes/tableau.asp?reg_id=0&ref_id=NATTEF04112%C2, consulté le 22 septembre 2015). En Allemagne, environ 3,7 millions de salariés devaient bénéficier de la nouvelle loi, selon les estimations du gouvernement allemand au mois d’août 2014.

⁶ Il convient de noter que ces allocations de solidarité représentaient un budget annuel important pour l’Etat, qui était estimé à 11 milliards d’euros en 2009.

⁷ R. RICHARDI, *MünchArbR*, 2009, § 1 n° 27.

⁸ C. PICKER, « Niedriglohn und Mindestlohn », *RdA*, 2014, p. 26.

⁹ D’une manière générale, sur les objectifs poursuivis par le salaire minimum, R. GIESEN, *Festschrift Kempen*, 2013, p. 216, 218 s. ; M. JACOBS, *Festschrift Walz*, 2008, p. 289, 291 s. ; R. WANK, *Festschrift Brugger*, 2013, p. 898.

¹⁰ D’emblée, il convient de noter qu’en France, le salaire minimum interprofessionnel de croissance, qui a succédé en 1970 au salaire minimum interprofessionnel garanti adopté le 11 février 1950, est « un salaire abstrait, minimum (en fonction des besoins incompressibles), national, interprofessionnel,

seul correctif du droit civil permet néanmoins de contrôler les bas salaires en prenant en compte la « morale économique ». Face à l'émergence d'une pratique de bas salaires, la jurisprudence de la cour fédérale du travail (*BAG*) a en effet eu l'occasion de davantage mobiliser le § 138 al. 2 *BGB*, et de sanctionner, à certaines conditions, les salaires qui contreviennent aux bonnes mœurs, c'est-à-dire qui sont lésionnaires au sens de ce texte¹¹. Ainsi, elle considère que sont d'une « disproportion manifeste » par rapport à la prestation de travail, les salaires contractuels qui n'atteignent pas les deux tiers du salaire « habituel », lequel correspond au salaire de la convention collective de branche la plus proche, qui par hypothèse n'est pas applicable à la relation de travail. Appliquant cette jurisprudence, le tribunal du travail de Stralsund a été amené à qualifier de dérisoires les salaires des livreurs de pizza et assistants de cuisine qui étaient rémunérés à 1,32 euros par heure¹². Et pour cause, puisque dans le *Land* de Mecklenburg-Poméranie-occidentale, le salaire conventionnel pour une serveuse était de 7,08 euros par heure et celui des assistants de cuisine de 5 euros. Au regard du § 138 al. 2 *BGB*, il existait donc une disproportion manifeste, appréciée par rapport à un marché donné. D'autres affaires ont suivi, qui impliquaient majoritairement des salariés des anciens *Länder* de l'est. Le § 138 al. 2 *BGB* a ainsi permis un début de contrôle du niveau de salaire. En revanche, de façon surprenante, le tribunal du travail de Cottbus a décidé le 9 avril 2014 que la rémunération d'employés de bureau d'un cabinet d'avocats allant de 1,54 à 1,65 euros par heure n'était pas contraire aux bonnes mœurs ; en effet, l'employeur s'était valablement prévalu de sa volonté de permettre à son personnel d'être réintégré dans le marché du travail, de sorte que l'élément intentionnel exigé par le § 138 al. 2 *BGB* n'était pas satisfait¹³.

Outre cette difficulté de prouver l'intention de l'employeur, le dispositif du code civil n'est de toute façon pas à la hauteur des difficultés, ne serait-ce que parce que sa mise en œuvre nécessite un recours judiciaire du salarié¹⁴. Par ailleurs, le contenu des conventions collectives échappe, autonomie collective oblige, à ce contrôle du juge. Se posait alors la question de la justification d'un seuil minimal pour répondre aux revendications des différentes parties. Du point de vue d'un salarié, un travail à temps plein est censé lui garantir son existence et lui permettre de se réaliser soi-même, par le biais de son intégration sociale¹⁵. Par ailleurs, certains employeurs faisaient valoir que les conventions collectives fixant des salaires minima pouvaient avoir pour effet de créer des ententes entre les employeurs¹⁶. En effet, face à l'émergence des secteurs à bas salaires, la

fixé par les pouvoirs publics, correspondant à une heure de travail » (G. AUZERO/E. DOCKÈS, *Droit du travail*, Paris, Dalloz, 2015, n° 930).

¹¹ BAG 22 avril 2009, 5 AZR 436/08.

¹² ArbG Stralsund 26 janvier 2010, 4 Ca 166/09. Dans cette affaire, l'agence de soutien aux chômeurs de longue durée (*Arge*) a obtenu la condamnation à 6 600 euros de l'employeur à son égard, *arg. § 115 al. 1 SGB X*. Dans le même sens, ArbG Eberswalde 10 septembre 2013, 2 Ca 428/13.

¹³ ArbG Cottbus 9 avril 2014, 13 Ca 10477/13 et 13 Ca 10478/13.

¹⁴ P. RÉMY, « La loi allemande sur le salaire minimum : le SMIC en Allemagne ? », *RDT*, 2014, p. 774.

¹⁵ R. WANK, « Der Mindestlohn », *RdA*, 2015, p. 88.

¹⁶ H. WIEDEMANN, *TVG*, 2007, Einleitung, n° 34 et s.

concurrence des entreprises pratiquant de bas salaires nuisait à ceux des employeurs qui payaient des salaires plus élevés¹⁷.

Ne serait-ce qu'en vue de faire face à l'émergence de faibles salaires dans certaines branches, les revendications d'un minimum légal ne pouvaient plus être ignorées. L'argument selon lequel un travail à temps plein doit garantir l'existence d'un salarié vivant seul était longtemps défendu, tant par la doctrine¹⁸ que par la jurisprudence¹⁹. Il n'est pas contesté qu'aux termes du principe de l'Etat social, ancré dans l'article 1^{er} de la Constitution allemande dite loi fondamentale (*GG*) relatif à la dignité, ensemble l'article 20 al. 1^{er} *GG* relatif au principe de l'Etat social²⁰, les pouvoirs publics doivent garantir le minimum d'existence de tous les citoyens. En revanche, il est discuté si cette fonction de garantir le minimum d'existence incombe au salaire.

Autrement dit, la question se posait de savoir si l'Etat, pour répondre à son obligation de garantir le minimum d'existence, pouvait se reposer sur son système de protection sociale ou devait introduire un salaire minimum contraignant les employeurs. Concernant la première option, il convient de préciser que l'Etat allemand dispose d'un système de protection sociale qui prévoit que le citoyen, chômeur ou bénéficiaire d'un salaire trop faible pour garantir son existence, bénéficie d'une assurance de base, dite *ALG II*, en vertu des § 11 et suivants du *SGB II*. Selon ce système, il est envisageable que l'Etat complète les salaires perçus au titre d'un travail rémunéré au prix du marché. Enfin, il est avancé par une partie de la doctrine que le salaire minimum n'est pas nécessaire pour garantir un minimum d'existence²¹, dans la mesure où ce dernier serait de 8 352 euros pour un célibataire en Allemagne pour l'année 2014²², correspondant à 173 heures de travail par mois, rémunérées à 4,20 euros nets.

L'autre possibilité consistait à laisser produire effet au droit fondamental à la dignité humaine dans le domaine privé et à en déduire une obligation à la charge du législateur de fixer un nouveau seuil minimum, correspondant au minimum d'existence²³. De façon modérée, il a été avancé qu'un salaire minimum pouvait trouver sa justification dans la théorie des « *obligations de protection* » découlant

¹⁷ *Loc. cit.* n° 8, p. 30 ; exposé des motifs de la loi (*Gesetzesbegründung*), n° 18/1558 du *Bundestag* allemand, p. 45.

¹⁸ W. DÄUBLER, « Der gesetzliche Mindestlohn », *NJW*, 2014, p. 1928 ; tacheles-sozialhilfe.de/startseite/aktuelles/d/n/1281, 27.07.2003, consulté le 5 janvier 2016.

¹⁹ ArbG Brême 30 août 2000, Ca 5152 et 5198/00 ; SG Berlin 27 février 2006, S 77 AL 742/05.

²⁰ BVerfG 9 février 2010, *Hartz IV*, cette décision se réfère expressément à ce fondement combiné ; C. PALPANT, « L'arrêt de Karlsruhe relatif à la loi Hartz IV : vers une redéfinition de l'Etat social allemand ? », *Droit social*, 2010, p. 696 ; Th. DIETERICH, W. LINSSENMAIER, *ErfK*, 2014, « Art. 9 GG », n° 49.

²¹ P. ZEISING, D.-R. WEIGERT, « Verfassungsmäßigkeit des Mindestlohngesetzes », *NZA*, 2015, p. 16 et s.

²² Ministère fédéral des finances, Rapport sur le minimum d'existence (*Existenzminimumbericht*), 2014.

²³ P. AXER, « Das Grundrecht auf Gewährleistung eines menschenwürdigen Existenzminimums und die Sicherung sozialer Grundrechtsvoraussetzungen », *Gedächtnisschrift Brugger*, 2013, p. 335 ; A. ENGELS, « Verfassungsrechtliche Determinanten staatlicher Lohnpolitik », *JZ*, 2008, p. 497 ; contra T. LOBINGER, « Mindestlohn und Menschenwürde », *Gedächtnisschrift Brugger*, 2013, p. 355 s.

des droits fondamentaux, sans que cela impose au législateur d'intervenir²⁴. Concernant cette fonction de protection, il est intéressant de noter que certains juges du *BAG* envisageaient même de s'appuyer sur la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale (*BVerfG*) sur le minimum d'existence au moment de la réévaluation des salaires en application du § 138 *BGB*²⁵.

Il ne nous appartient pas de trancher ce débat de droit public. Nous pouvons simplement observer que la *BVerfG* estime que l'Etat est seulement obligé d'« intervenir sur les marchés lorsque c'est considéré comme nécessaire pour neutraliser des déséquilibres sociaux et pour réaliser un minimum de justice sociale dans la société »²⁶. Si le législateur est tenu de garantir « à l'individu une existence digne »²⁷ par la mise en place d'une assistance sociale, il semble ne pas devoir intervenir en matière de salaire minimum²⁸.

A titre de comparaison, le salaire minimum en France « assure aux salariés dont les salaires sont les plus faibles la garantie de leur pouvoir d'achat et une participation au développement économique de la Nation »²⁹. Il n'est pas à confondre avec le minimum garanti qui s'élève à 3,52 euros depuis le 1er janvier 2015³⁰. Il s'avère que le salaire minimum y est fondé sur le développement de l'économie.

Au niveau de l'Union européenne, il est expressément exclu par les dispositions du Traité, relatives à la compétence en matière sociale, que l'Union européenne intervienne en la matière. Si l'Union européenne soutient et complète l'action des Etats membres dans les domaines sociaux et peut adopter dans certains domaines, des directives prévoyant des prescriptions minimales, le paragraphe 5 de l'article 153 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (*TFUE*) précise que ces dispositions ne concernent pas les rémunérations. Or dans certains domaines, le droit de l'Union européenne impose le respect du salaire minimum local. Il en est ainsi en matière de détachement des travailleurs, le respect du salaire minimum de l'Etat d'accueil étant prévu par l'article 3 de la directive 96/71 qui garantit une protection minimale aux travailleurs. C'est dans ce contexte que la *CJCE* a précisé que le salaire minimum pour les salariés détachés selon la loi du pays d'accueil constituait « un avantage réel qui contribu[ait] de manière significative à leur protection sociale »³¹. Il n'en demeure pas moins que la compétence pour les fixer – ou pas – relève de l'Etat membre d'accueil.

²⁴ C. HOHMANN-DENNHARDT, *Theorie und Praxis der Sozialen Arbeit*, 2011, p. 181 s.

²⁵ G. SCHAUB, R. LINCK, *Arbeitsrechtshandbuch*, 2011, § 34, n° 12a; I. SCHMIDT, *ErfK*, « Art. 1 GG », 2013, n° 13.

²⁶ A. SEIFERT, « L'emploi décent. Le débat sur un salaire minimum en Allemagne », *Mélanges en l'honneur du Professeur François Gaudu*, IRJS éditions, Paris, 2014, p. 59.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ M. HENSSLER, « Mindestlohn und Tarifrecht », *RdA*, 2015, p. 45 et s.

²⁹ http://travail-emploi.gouv.fr/informations-pratiques,89/fiches-pratiques,91/remuneration,113/le-smic,1027.html#sommaire_3 (consulté le 15 novembre 2015).

³⁰ *Ibid.*

³¹ *CJCE, Portugaia Construções*, C-164/99, arrêt du 24 janvier 2002, pt. 29.

Cela étant, le législateur allemand a fait usage de sa prérogative et semble avoir reconnu une exigence de « *justice sociale* », comme il ressort de la justification de la loi sur le salaire minimum : le salaire minimal a été adopté en vue de garantir aux salariés des conditions de travail décentes, en les protégeant des bas salaires inappropriés³². La loi ajoute tout de même une seconde justification qui vise l'allègement du financement des systèmes de protection sociale³³. A partir de ces considérations, il incombait au législateur de déterminer les contours du nouveau minimum légal.

B. La loi : le choix d'un minimum légal *quasi* général

La nécessité de l'introduction d'un salaire minimum général étant admise, il incombait au législateur de fixer un taux approprié. Au cours des débats parlementaires, le *SPD* et les Verts réclamaient un salaire horaire de 8,50 euros, le parti de gauche revendiquait 10 euros ; le *CDU/CSU* souhaitait poursuivre l'extension des conventions collectives et, pour les branches dépourvues de conventions collectives, utiliser un dispositif spécifique de fixation de minima de branche. S'ajoutait à ces revendications la pression européenne, et notamment l'existence de taux de salaire supérieurs à 9 euros en France³⁴, en Belgique ou au Luxembourg. L'incidence de la différence des niveaux de salaire sur l'intégration économique a d'ores et déjà été signalée³⁵.

La loi allemande sur le salaire minimum a été adoptée le 11 août 2014 qui introduisait un salaire minimum général pour toute l'Allemagne, toutes professions confondues : il s'agit d'un salaire minimum légal interprofessionnel. Le nouveau taux minimum de salaire de 8,50 euros bruts, prévu au § 1 al. 2 de la loi, est entré en vigueur le 1^{er} janvier 2015. Ce montant du salaire minimum légal pourra être révisé par règlement, à compter du 1^{er} janvier 2017. En effet, selon le § 4 al. 1 de la loi, le gouvernement fédéral met en place une commission permanente sur le salaire minimum qui délibère sur l'adaptation du taux : les membres autorisés à voter sont nommés par le gouvernement fédéral, sur proposition des organisations représentatives des employeurs et des salariés. L'enjeu de la commission, de sa composition et des critères qu'elle doit respecter est central³⁶. Et rien n'exclut qu'elle revoie un jour les salaires à la baisse...

Le minimum légal s'appliquant au travail effectif, une qualification s'impose au préalable. Pour ce qui concerne les questions qui ne sont pas expressément visées par la loi, la jurisprudence sur les salaires minima conventionnels semble pouvoir être appliquée de façon analogue. L'enjeu de clarifier l'assiette des éléments de salaire à prendre en compte est grand puisque c'est sur ce terrain que les employeurs pourront contourner le dispositif en comptant le plus d'éléments de salaire possible afin d'atteindre le seuil de 8,50 euros. Une

³² Exposé des motifs de la loi (*Gesetzesbegründung*), n° 18/1558 du *Bundestag* allemand, p. 1.

³³ *Ibid.*, p. 2.

³⁴ Sur ce point, *loc. cit.* n° 28, p. 47.

³⁵ COM(2015)0098 – C8-0075/2015 – 2015/0051 (NLE).

³⁶ Sur ce point, *loc. cit.* n° 14, p. 774 et s.

récente jurisprudence du tribunal de travail de Düsseldorf a validé une de ces pratiques et décidé que la rémunération de base des salariés pouvait être inférieure à 8,50 euros par heure³⁷. En l'espèce, il s'agissait d'un salarié rémunéré à un taux de 8,10 euros par heure auquel il fallait ajouter un bonus de résultats ou de mérite d'un euro maximum par heure. Ce bonus dépendait de la pratique de l'entreprise, étant précisé qu'il s'élevait à 40 centimes fixes. Le tribunal a retenu que ce bonus pouvait être inclus dans l'assiette de calcul. Ce qui confirme la position de la doctrine majoritaire qui estime que tous les montants – peu importe leur désignation – qui sont une contrepartie directe du travail composent la rémunération du travail ; est déterminante la relation entre la paie réellement perçue et le temps de travail réellement effectué. A cet effet, il convient peut-être de s'inspirer aussi de la jurisprudence de la CJUE relative à l'interprétation de la directive sur le détachement qui a tendance à inclure dans l'assiette tous les éléments qui constituent une contrepartie financière pour l'activité « normale » du salarié. Ainsi, la CJCE s'est prononcée dans un arrêt *Mazzoleni*³⁸ au sujet des taux minima de rémunération en matière de détachement, et a considéré qu'afin « de s'assurer que la protection dont jouiss[ai]ent les employés dans l'Etat membre d'établissement [était] équivalente, [ils devaient] en particulier prendre en considération les éléments liés au montant de la rémunération, la durée du travail à laquelle ce montant se rapport[ait] ainsi que le montant des cotisations sociales et l'incidence de la fiscalité ». En 2015, elle a ajouté qu'une indemnité journalière fixe, une indemnité forfaitaire de trajet et un pécule de vacances entraient dans le calcul du salaire minimal, tandis que des frais de logement ou de nourriture, même forfaitaires, n'en relevaient pas³⁹. A *contrario* il convient d'exclure de l'assiette les composantes de la rémunération qui sont payées en contrepartie des prestations allant au-delà de l'activité « normale » du salarié⁴⁰. Enfin, l'on pourrait penser que des paiements annuels, par exemple du 13^e mois, ou d'autres versements semestriels ou trimestriels, puissent être pris en compte pour le calcul du salaire minimum légal du mois au cours duquel ils ont été versés.

La loi ayant beau introduire un salaire minimum légal général, son champ d'application personnel n'en connaît pas moins des exclusions (§ 22). La loi vise les salariés, y compris les stagiaires au sens du § 26 *BBiG*. Néanmoins, les stages obligatoires dans le cadre d'une formation scolaire, professionnelle ou universitaire, les stages d'orientation d'une durée maximale de trois mois en amont d'une formation professionnelle ou universitaire, les stages accompagnant une telle formation d'une durée maximale de trois mois ainsi que les mesures d'insertion qualificative ou de préparation d'une formation professionnelle ne sont pas concernées par la nouvelle loi. Les exceptions sont si nombreuses qu'elles relativisent fortement le principe d'inclusion des stages. L'on pourrait certainement

³⁷ ArbG Düsseldorf 20 avril 2015, 5 Ca 1675/159.

³⁸ M. SCHLEY, F. NIETSCH, « L'instauration d'un salaire minimum légal en Allemagne. Aperçu des nombreuses nouvelles obligations à respecter pour l'emploi de salariés en Allemagne », *Droit social*, 2015, p. 537. Notons que la CJCE a été amenée à se prononcer sur (CJCE, *André Mazzoleni et Inter Surveillance Assistance SARL*, C-165/98, arrêt du 15 mars 2001, pt. 39).

³⁹ CJUE, *Sähköalojen ammattiliitto ry c/ Elektrobudowa Spółka Akcyjna*, C-396/13, arrêt du 12 février 2015.

⁴⁰ *Loc. cit.* n° 38, p. 537.

y voir l'intention du législateur de ne pas effrayer les employeurs d'offrir des stages⁴¹. D'autres catégories de travailleurs ont été exclues en vue de faciliter leur insertion sur le marché du travail : les mineurs de moins de 18 ans sans formation professionnelle achevée⁴², les personnes occupées au titre de leur formation professionnelle⁴³ et les volontaires ou bénévoles et les personnes embauchées après une longue période de chômage⁴⁴ qui viennent de reprendre un travail, dans les six premiers mois suivant leur embauche. A titre d'exemple, le gouvernement allemand a également précisé en février 2015 que le salaire minimum ne s'appliquait ni aux joueurs amateurs (footballeurs p.ex.), ni aux personnes occupant une fonction honorifique dans des associations sportives dès lors que leur engagement sportif honorifique l'emportait sur la contrepartie financière pour leur activité⁴⁵.

A l'égard d'autres catégories de travailleurs, les débats parlementaires ont conduit à l'adoption de dispositions transitoires : il en est ainsi des distributeurs de journaux⁴⁶, pour lesquels la loi prévoit une fixation à hauteur de 75% du salaire minimum à compter du 1^{er} janvier 2015, pour passer progressivement de 85% au taux horaire minimum de 8,50 euros bruts entre le 1^{er} janvier 2016 et le 31 décembre 2017⁴⁷.

Ainsi, le choix de la voie législative pour régler le salaire minimum doit permettre de s'assurer d'un dispositif *quasi* général assorti d'un système de contrôle et de sanctions administratives⁴⁸ en cas de non-respect, en vue de garantir l'effectivité des dispositions.

⁴¹ Il convient de rappeler que les stages étaient habituellement non rémunérés en Allemagne, tandis qu'en France la législation prévoit actuellement une gratification horaire minimale de 3,60 euros sous la condition d'accomplir 44 jours ou plus, ce qui correspond régulièrement à deux mois de présence.

⁴² Il convient de préciser qu'un recours constitutionnel (BVerfG 25 juin 2015, 1 BvR 71/15) a été déclaré irrecevable dans lequel un salarié mineur de 17 ans, embauché dans la gastronomie rapide, invoquait l'art. 3 al. 1 de la loi fondamentale allemande (*GG*) prévoyant le principe d'égalité de traitement, pour réclamer le salaire minimum que percevaient ses collègues adultes. La Cour constitutionnelle allemande fondait l'irrecevabilité sur le principe de subsidiarité, selon lequel il leur incombe d'épuiser la voie judiciaire devant les juridictions de fond. D'aucuns soutiennent que cette discrimination directe en raison de l'âge, à la supposer justifiée, ne serait pas proportionnée au sens de la jurisprudence de la *CJUE*.

⁴³ BAG 29 avril 2015, 9 AZR 108/14, qui précise le caractère approprié selon l'usage du commerce de la rémunération de la formation professionnelle, due en vertu du § 17 al. 1 ph. 1 BBiG : en l'espèce, il s'agissait d'une rémunération d'un montant de moins de 20% du taux de rémunération prévu par les conventions collectives concernant la profession est inappropriée.

⁴⁴ Au sens du § 18 al. 1 SGB III, qui vise le chômage d'une durée d'un an au minimum, comme en France.

⁴⁵ *Loc. cit.* n° 38, p. 537.

⁴⁶ Il convient de noter que la cour constitutionnelle allemande a déclaré irrecevable le recours constitutionnel à l'encontre de cette disposition transitoire, en relevant l'absence de précisions substantielles caractérisant la situation effective des requérants (BVerfG 25 juin 2015, 1 BvR 20/15).

⁴⁷ Le tribunal du travail de Nienburg (Weser) a infléchi cette solution en accordant aux distributeurs de journaux le bénéfice de la *MiLoG*, dès lors qu'ils distribuent également des publicités (ArbG Nienburg 14 août 2015, 2 Ca 151/15).

⁴⁸ La loi contient un dispositif précis de surveillance et de contrôle relevant de la compétence des douanes. Le § 16 al. 1 prévoit une obligation de déclaration préalable pour certains employeurs, à savoir ceux qui ont leur siège à l'étranger et qui emploient un salarié occupé dans l'un des secteurs

II. LE SALAIRE MINIMUM – DE SON IMPERATIVITE ET DE SA CONFORMITE AU PRINCIPE DE L'AUTONOMIE COLLECTIVE

L'effectivité du salaire minimum étant recherchée par le choix d'une loi impérative (A), la loi rompt ainsi avec la tradition juridique qui laissait la réglementation des salaires à l'autonomie collective (B).

A. L'impérativité aux niveaux national et international

Le salaire minimum est impératif, sous réserve de clauses plus favorables⁴⁹ (§ 3 *MiLoG*). Ce qui signifie, d'une part, que tout accord de volontés prévoyant un montant inférieur au taux prévu est nul. D'autre part, les arrêtés d'extension adoptés en vertu du § 5 *TVG* ainsi que les règlements adoptés sur la base de la loi sur la mise à disposition de salariés au sens du prêt de main-d'œuvre (*AÜG*) et la loi sur le détachement (*AEntG*) ne peuvent fixer des minima inférieurs à ceux prévus par la *MiLoG*. En d'autres termes, le taux légal écarte aussi toute convention collective ou toute autre disposition légale moins favorable. Ce qui ne ferme pas complètement la voie de la négociation collective des salaires, dans la mesure où les partenaires sociaux peuvent bien évidemment toujours prévoir des taux plus favorables.

Plus précisément, concernant l'articulation du minimum légal avec les conventions collectives, les dispositions transitoires de la loi laissent temporairement la place aux conventions collectives dérogatoires. Ainsi, le § 24 al. 1 *MiLoG* dispose que, jusqu'au 31 décembre 2017, des dispositions dérogatoires d'une convention collective étendue par arrêté ministériel ou d'un des règlements adoptés sur le fondement de la *AEntG* ou la *AÜG* priment sur le salaire minimum. Concernant les règlements auxquels participaient les partenaires sociaux, ils bénéficient de cette primauté dès lors que ces conventions collectives ont été déclarées d'application générale pour tous les employeurs ayant leur siège sur le territoire national ou à l'étranger ainsi que pour leurs salariés. En pratique, cela veut dire que des salaires minima inférieurs au minimum légal sont susceptibles d'être négociés et appliqués dans des secteurs spécifiques, tels que la construction, les soins de santé et le travail temporaire, pendant deux ans après l'entrée en vigueur de la loi. A compter du 1^{er} janvier 2017, ces réglementations dérogatoires devront toutefois prévoir un taux horaire d'au moins 8,50 euros bruts, ce qui pourra être inférieur au salaire minimum, tel qu'il aura évolué.

énumérés au § 2a de la loi sur la lutte contre le travail dissimulé (*Schwarzarbeitsbekämpfungsgesetz*), ce qui vise expressément les secteurs du BTP, de l'hôtellerie, de la restauration, des transports de voyageurs et de marchandises et de la logistique, du nettoyage industriel, de la boucherie, etc. Cette obligation ne vaut pas pour les salariés ayant un salaire mensuel brut régulier d'au moins 2 958 euros par mois. Suivant le § 16 al. 3 de la loi, la même obligation de déclaration vaut en cas de prêt de main-d'œuvre par une entreprise ayant son siège à l'étranger à une entreprise. Sur les sanctions, cf. le règlement dit *Mindestlohndokumentationspflichtenverordnung (MiLoDokV)* adopté le 29 juillet 2015 et entré en vigueur le 1^{er} août 2015.

⁴⁹ U. SITTARD, M. SASSEN, « Mindestlohn & Co. Der Entwurf des Gesetzes zur Stärkung der Tarifautonomie im Überblick mit besonderem Augenmerk auf die Mindestlohn-Berechnung », *ArbRB*, 2014, p. 143 ; C. HILGENSTOCK, *Das Mindestlohngesetz*, 2014, n° 147.

D'autres dérogations transitoires concernent aussi les réglementations adoptées sur le fondement de la loi sur le détachement et de celle sur la mise à disposition de salariés. Sont visés notamment les secteurs pour lesquels les salaires sont effectivement inférieurs au salaire minimum légal, à savoir la coiffure, l'agriculture, la sylviculture et l'horticulture, l'abattage et le conditionnement de viande. D'autres branches ne connaissent des salaires inférieurs que dans les nouveaux *Länder* et à Berlin : il s'agit du textile et de l'habillement, de la mise à disposition de personnel et des services de blanchisserie⁵⁰.

Impératif, le salaire minimum protège le salarié, dès lors que ce dernier exerce une activité sur le territoire allemand (§ 20 *MiLoG*). Il importe peu que l'employeur ait son siège à l'étranger ou en Allemagne. Par ailleurs, tout employeur accomplissant une mission – même temporaire – sur le territoire allemand est visé. Cette impérativité des dispositions de la loi permet de les qualifier de lois de police. En effet, l'art. 9 al. 1^{er} du règlement *Rome I* prévoit la possibilité pour un Etat membre d'adopter des « *disposition[s] impérative[s] dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique* ». Ainsi, le salaire minimum s'applique logiquement au cas du détachement de personnels sur le territoire allemand, par une entreprise étrangère. En application du règlement *Rome I*, la relation de travail des travailleurs détachés temporairement reste soumise à la loi étrangère. Il n'en demeure pas moins que le salaire minimum est obligatoire. Cette solution s'impose, par ailleurs, en vertu de l'art. 3 al. 1 ph. 1 lit. c de la directive 96/71/CE qui confère aux salaires minima la qualification de loi de police.

C'est certainement en matière de détachement que la loi allemande est d'un grand apport en mettant fin aux incertitudes sur l'application du salaire minimum. En effet, la directive 96/71 relative au détachement a strictement encadré les modalités de fixation du salaire minimum. S'il est possible de prévoir des salaires minima par convention collective, celle-ci doit avoir été déclarée d'application générale. Dans ce contexte, il doit être rappelé que le fait pour un Etat membre d'accueil d'imposer sa rémunération minimale au prestataire dont la législation implique une rémunération moindre, constitue une restriction à la libre prestation des services⁵¹. A plusieurs reprises, la CJUE condamnait des violations de la libre prestation de services dans le cadre d'une passation de marchés publics. L'affaire *Rüffert*⁵² a démontré une difficulté pratique dans le cas où la procédure d'extension de la convention collective n'a pas eu lieu pour l'ensemble du secteur d'activité concerné. La solution de la *CJCE* de ne pas appliquer le salaire minimum a été regrettée⁵³. Les conséquences des divergences nationales en ce qui concerne la fixation des salaires minima sur l'effectivité de la protection des travailleurs ne pouvaient être ignorées. Ce que rappelle aussi un arrêt de la *CJUE* rendu en 2014⁵⁴,

⁵⁰ *Loc. cit.* n° 38, p. 537.

⁵¹ CJCE, *Mazzoleni et ISA*, C-165/98, arrêt du 15 mars 2001.

⁵² CJCE, *Dirk Rüffert c/ Land Niedersachsen*, C-346/06, arrêt du 3 avril 2008.

⁵³ S. ROBIN-OLIVIER, « Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale : le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail », *RTD eur.*, 2008, p. 485.

⁵⁴ CJUE, *Bundesdruckerei GmbH c/ Stadt Dortmund*, C-549/13, arrêt du 18 septembre 2014.

qui retient *a propos* de la justification de l'exigence du salaire minimum par l'objectif de protection des travailleurs que celui-ci, « sans rapport avec le coût de la vie prévalant dans l'Etat membre dans lequel les prestations relatives au marché public en cause seront effectuées » va au-delà de ce qui est nécessaire pour l'atteindre, et, en même temps, prive « les sous-traitants établis dans ce dernier Etat membre de retirer un avantage concurrentiel des différences existant entre les taux de salaires respectifs ». Enfin, un récent arrêt de la CJUE a qualifié une obligation légale s'appliquant de manière générale à tous les secteurs de protection sociale minimale conforme à la libre prestation de services⁵⁵. Ces interrogations liées aux modalités de fixation du salaire minimum se poseront dans une moindre mesure depuis que l'Allemagne a opté pour un salaire minimum légal.

Néanmoins, l'incertitude demeure en ce qui concerne l'application du salaire minimum aux très courtes missions. Alors que le salaire minimum ne devait certainement pas s'appliquer aux très courtes missions, par exemple, des chauffeurs routiers venant de l'étranger et traversant l'Allemagne pour effectuer un transport à destination d'un troisième pays, certaines voix souhaitent les assimiler aux dispositions régissant le détachement. D'emblée, le § 3 al. 2 de la directive 96/71/CE fait référence à une durée de huit jours pendant laquelle l'employeur est exonéré de payer le salaire minimum. Selon une interprétation téléologique, une activité sur le territoire national au sens du § 20 *MiLoG* vise uniquement l'exécution de manière habituelle sur le territoire national⁵⁶. Or, une partie de la doctrine met en avant que le § 2 al. 4 de la *MiLoG* vise aussi les activités mobiles, y compris le transport de marchandises⁵⁷, par exemple de la France vers la République tchèque⁵⁸. Par ailleurs, selon le règlement *Rome I*, qui connaît la technique des lois de police, il n'est pas nécessaire que le travail soit habituellement exécuté sur le territoire national, pour appliquer une loi locale. La question est surtout : comment justifier un rattachement suffisamment fort au territoire allemand ?

En effet, les dispositions impératives jouissant d'une applicabilité immédiate peuvent s'imposer à condition que la relation ait un lien fort avec le territoire allemand⁵⁹. A titre d'exemple, selon la jurisprudence allemande, ce lien est présent dès lors que le salarié est soumis au système de protection sociale allemand, à la nationalité allemande, réside en Allemagne et que ses missions de travail commencent et finissent en Allemagne⁶⁰. Selon l'interprétation littérale, le lien avec le territoire national semble être établi, même en cas de passage. En revanche,

⁵⁵ CJUE, *RegioPost GmbH & Co. KG c/ Stadt Landau in der Pfalz*, C-115/14, arrêt du 17 novembre 2015.

⁵⁶ U. SITTARD, « Gilt das Mindestlohngesetz auch beim Kurzeinsatz in Deutschland ? », *NZA*, 2015, p. 79.

⁵⁷ *Loc. cit.* n° 56, p. 79.

⁵⁸ Cette disposition a été suspendue à l'égard des chauffeurs routiers employés auprès d'entreprises étrangères qui ne font que traverser le territoire allemand, en réaction à la critique de la Pologne et de la République tchèque et au dialogue entre la Commission européenne et l'Allemagne.

⁵⁹ *Staudinger/Ferrari etc.*, VO (EG) Nr. 593/2008, art. 9 Rn. 11 ; BAGE 100, 130 = NZA 2002, 734 (736) ; A. SCHLACHTER, *NZA* 2000, 57 (61).

⁶⁰ A. SPICKHOFF, *BeckOK BGB*, mise à jour du 1^{er} février 2013, « VO (EG) Nr. 593/2008, Art. 9 », n° 17 ; D. MARTINY, *MüKoBGB*, « VO (EG) Nr. 593/2008, Art. 9 », n° 132 ; BAGE 100, 130 = NZA 2002, 734 (738).

l'interprétation téléologique veut que la loi protège les salariés contre les bas salaires qui mettent en péril leur existence⁶¹ : or, si le salarié n'est pas régulièrement soumis aux conditions du coût de la vie allemandes, il ne pourra être exigé qu'il soit payé au niveau allemand⁶². Par ailleurs, le salaire minimum est destiné à protéger la stabilité financière du système de protection sociale⁶³. Ces deux objectifs de la loi vont également à l'encontre de l'application de la loi aux travailleurs « *de passage* ».

Enfin, l'on pourrait également argumenter en utilisant la jurisprudence de la CJUE en vertu de laquelle l'impérativité d'une disposition ne peut être déconnectée de la nécessité de protéger les salariés⁶⁴. En effet, il convient de rappeler que la liberté de prestation de services veut que l'employeur soit protégé contre toute restriction à l'exercice de ce droit⁶⁵. Devant cette crainte, la Commission a engagé, le 19 mai 2015, une procédure d'infraction contre l'Allemagne concernant l'application de la loi sur le salaire minimum au secteur des transports. Alors qu'il n'y a pas lieu d'opposer la loi de police aux travailleurs en transit effectuant un transport, ne serait-ce que pour garantir la sécurité juridique, la nécessité de déterminer un critère temporel apparaît pressante. Qu'en est-il des réparations effectuées sur le territoire national ? C'est ainsi que la BVerfG a été saisi par des entreprises de transport étrangères dont l'activité s'exerçait aussi sur le territoire allemand : ils contestaient l'application du salaire minimum et des obligations de déclaration et de documentation. La BVerfG déclarait leur réclamation de constitutionnalité irrecevable, en invoquant le principe de subsidiarité : les entreprises auraient pu saisir les juridictions de fond en vue d'obtenir qu'elles déclarent que ces obligations ne leur sont pas applicables⁶⁶. Cette réponse s'arrête sur le terrain de la procédure.

B. La critique de l'effet de mise à l'écart des dispositions conventionnelles

Son caractère majoritairement impératif étant affirmé, la loi sur les salaires minima n'est pas moins problématique au regard des atteintes portées aux droits fondamentaux. C'est sous cet angle que la doctrine majoritaire mobilisait le droit fondamental à la dignité humaine afin de justifier des atteintes invoquées à la liberté professionnelle, à la liberté contractuelle ou encore et surtout au principe de l'autonomie collective⁶⁷. C'est sur l'atteinte portée à ce dernier droit que nous allons concentrer notre regard. L'article 9 al. 3 GG protégeant l'autonomie collective en

⁶¹ Exposé des motifs de la loi (*Gesetzesbegründung*), n° 18/1558 du *Bundestag* allemand, p. 1 et s.

⁶² *Loc. cit.* n° 56, p. 80.

⁶³ Exposé des motifs de la loi (*Gesetzesbegründung*), n° 18/1558 du *Bundestag* allemand, p. 2.

⁶⁴ CJUE, *Bundesdruckerei GmbH c/ Stadt Dortmund*, C-549/13, arrêt du 18 septembre 2014, pt. 35.

⁶⁵ CJCE, *Commission c/ Allemagne*, C-490/04, arrêt du 18 juillet 2007 ; CJUE, *Commission c/ Belgique*, C-296/12, arrêt du 23 janvier 2014 ; CJCE, *Arblade et Leloup*, C-369/96 et C-376/96, arrêts du 23 novembre 1999.

⁶⁶ BVerfG 25 juin 2015, 1 BvR 555/15 : la cour constitutionnelle allemande fut saisie par 14 entreprises de transport étrangères, dont l'activité s'exerçait aussi sur le territoire allemand.

⁶⁷ En effet, il est majoritairement admis qu'une atteinte portée à l'un de ces droits fondamentaux puisse trouver sa justification dans l'objectif de garantir le minimum d'existence découlant du droit fondamental à la dignité humaine, cf. U. Sittard, *Voraussetzungen und Wirkungen der Tarifnormerstreckung nach § 5 TVG und dem AEntG – Zugleich ein Beitrag zur Debatte um staatliche Mindestlöhne*, 2010, p. 228, 308, 393, 415, 451, 459.

tant que système, l'Etat s'est pour l'essentiel retiré de la réglementation des conditions de travail⁶⁸. Dans la mesure où les partenaires sociaux négocient sur un pied d'égalité au plan collectif⁶⁹, « l'exactitude » des conventions collectives est présumée⁷⁰.

Impérative, mais pas absolue, la nouvelle loi ne ferme pas, toutefois, la voie à la négociation collective. De même, les dispositions du § 1 al. 3 *AEntG* et la *AÜG*, ainsi que les règlements adoptés sur leur base, ont primauté sur le salaire minimum en vertu du § 1 al. 3 *MiLoG*. Bénéficient également d'une primauté les conventions collectives déclarées généralement obligatoires en vertu du § 5 *TVG* au sens du § 4 al. 1^{er}, n° 1, §§ 5 et 6 al. 2 *AEntG*. Autrement dit, la loi n'exclut pas des salaires minima de branche supérieurs.

Néanmoins, dans la mesure où la loi retire aux partenaires sociaux, en grande partie, leur prérogative de négocier les salaires, l'on ne saurait nier qu'elle affaiblit l'autonomie collective. Pour cette même raison, M. le Professeur Henssler dit que l'intitulé de la loi dite sur « le renforcement de l'autonomie collective » serait trompeur⁷¹, puisque cette loi aurait l'effet contraire. Précisément, selon l'auteur le législateur aurait dû insister davantage dans l'intitulé sur les modifications de la fonction de réglementation des conventions collectives et leur champ d'application. Rappelons que la loi étudiée a maintenu la procédure d'extension des conventions collectives existantes et l'a ouverte à toutes les branches.

Il insiste sur la définition de l'autonomie collective qui vise la réglementation autonome, non étatique des conditions de travail par les partenaires sociaux, dont les décisions sont légitimées par le choix d'adhérer de leurs membres. En conséquence, le renforcement de l'autonomie collective supposerait d'inciter les employeurs et les salariés à adhérer aux partenaires sociaux, et partant, d'étendre l'applicabilité des conventions collectives. Or, selon cet auteur, les salariés à faibles rémunérations avaient grand intérêt, avant la loi sur le salaire minimum, à adhérer aux organisations syndicales.

Sous un œil critique, il convient tout de même d'ajouter qu'il y avait des branches dans lesquelles l'autonomie collective ne parvenait pas à négocier des salaires minima. C'est pour cela que le législateur a décidé de ne pas laisser à la réglementation autonome des partenaires sociaux les conditions de travail⁷². Concernant ces branches dans lesquelles les partenaires sociaux n'ont pas exercé leur prérogative de négocier les salaires, l'exercice d'une prérogative de réglementation complémentaire par l'Etat n'est pas critiquée, et peut se justifier au regard du principe de l'Etat social⁷³. Il est ainsi évident que le reproche d'une

⁶⁸ BVerfG 18 décembre 1974, 1 BvR 430/65, BVerfGE 38, 281 (305) ; BVerfG 24 mai 1977, 2 BvL 11/74, BVerfGE 44, 322 (341) ; BVerfG 3 avril 2001, 1 BvL 32/97, BVerfGE 103, 293 (304).

⁶⁹ *Loc. cit.* n° 14, p. 774.

⁷⁰ BVerfG 20 octobre 1981, 1 BvR 404/78 ; BAG 15 mars 1977, 1 ABR 16/75 ; BAG 16 janvier 1990, 1 ABR 10/89 ; BAG 6 juin 2000, 1 ABR 21/99 ; BAG 28 mars 2006, 1 ABR 58/04.

⁷¹ *Loc. cit.* n° 28, p. 43.

⁷² *Loc. cit.* n° 28, p. 44.

⁷³ *Loc. cit.* n° 28, p. 45.

atteinte disproportionnée à l'autonomie collective vise uniquement la mise à l'écart des conventions collectives. Enfin, un juriste français s'interroge si une telle atteinte ne peut être justifiée par le motif d'adopter, d'une manière égale, une protection de tous les salariés contre les bas salaires et de fixer un minimum général, exclusif d'une négociation en-deçà d'un tel niveau. C'est cette considération qui semble avoir été retenue par le législateur.