



HAL
open science

Regards sur le salaire minimum (approche interne, comparative et internationale)

Alexis Bugada

► **To cite this version:**

Alexis Bugada. Regards sur le salaire minimum (approche interne, comparative et internationale). Moralité et immoralité des revenus, actes du 23ème colloque du Centre d’Ethique économique, PUAM 2017, Jun 2016, Aix-en-Provence, France. hal-01686886

HAL Id: hal-01686886

<https://amu.hal.science/hal-01686886v1>

Submitted on 17 Jan 2018

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.

Regards sur le salaire minimum (approche interne, comparative et internationale)

Alexis BUGADA

Professeur à la Faculté de Droit et de Science Politique d'Aix-Marseille, Centre de Droit Social EA 901, Aix-Marseille Université

L'air du temps est-il à la généralisation du salaire minimum et à son augmentation ? En France en particulier, certains partis politiques – et syndicats radicaux dont ils s'inspirent – n'hésitent pas, de façon récurrente, à en faire un argument électoraliste. D'après ces revendications, par exemple, le Smic devrait ainsi être porté à 1800 € par mois (CGT)¹. Est sous-entendu un argument de morale économique, en faveur d'un niveau de vie décent pour le travailleur et sa famille, au titre d'une saine redistribution au terme de la chaîne de valeur. Cet argument de Justice sociale est populaire² et, dans un premier élan, délicat à combattre avec des analyses accessibles au plus grand nombre. Car un tel niveau d'exigence passe sous silence les arguments relevant de la microéconomie (capacité financière des entreprises) et de la macroéconomie (effets réels sur l'emploi et augmentation corollaire du coût de la vie, etc.). Est naturellement éludée le risque d'une coexistence entretenue d'un marché du travail non déclaré et qui serait amplifiée par un salaire minimum obligatoire difficile à assumer. Une réponse construite est donc difficile à convoquer devant le « grand » public.

Sous d'autres latitudes, même plus acclimatées au « libéralisme », on constate qu'affirmer l'exigence d'un salaire minimum identique et élevé pour tous les travailleurs est cependant un passage obligé, spécialement en période électorale. La campagne présidentielle des États-Unis (2016) constitue un formidable exemple combattant les préjugés sur ce point. Il est presque caricatural. Du côté des démocrates (primaires), Hilary Clinton et Bernie Sanders se

¹ CGT-FO ciblerait plutôt le chiffre de 80 % du salaire médian (site internet : www.force-ouvriere.fr)

² Voir populiste

sont disputés sur la question de l'augmentation du salaire minimum fédéral et de son niveau idoine. La première (12 \$/heure) estimait que la proposition du second (15 \$/h) méritait d'être modérée, tous deux convenant que le montant de 7,25 \$/h devait être reconsidéré³. L'argument, pourtant attractif, n'a pas suffi pour contrer le candidat Trump (Républicain) qui a varié sur ce point, pour finalement admettre – non sans peine – que le salaire minimum fédéral était insuffisant. Reste qu'à ce jour, bien des États fédérés affichent un salaire minimum inférieur ou égal à celui fédéral⁴, même si certains s'engagent dans des programmes ambitieux de revalorisation significative (Californie⁵, État de New York⁶, etc.) et digne des promesses démocrates⁷.

Dans ce contexte, les propos de Gary Becker, laissant entendre que la hausse du salaire minimum met au chômage ceux qui sont insuffisamment productifs, semblent assourdis. À preuve, l'Angleterre d'avant le Brexit a revu à la hausse son salaire minimum de 7,5 % et s'est engagée sur la voie d'une réévaluation d'ici 2020. L'Allemagne – surtout – a pratiqué sa révolution en adoptant un salaire minimum fédéral à 8,50 € au titre d'un compromis politique tendu à l'issue de la réélection de Mme Merkel. Non seulement ce nouveau dispositif remet en cause la détermination des minima par la seule profession (négociation de branche) mais son entrée en vigueur en 2015, était créditée par les augures autorisés d'une suppression massive de postes. L'année suivante des emplois étaient créés (chômage à 4,5 %) !⁸ Dans un tel contexte, il convient de noter que le cas de la France contraste. Il est vrai qu'elle part de haut avec un minimum élevé par rapport à d'autres pays européens. Mais,

³ Hillary Clinton Should Just Say Yes to a 15\$ Minimum Wage, New York Times, éd. Board, feb. 17, 2016.

⁴ Social International UIMM, n° 753, févr. 2015, p. 11 (et le tableau en p. 12)

⁵ Social International UIMM, n° 767, mai 2016, p. 9

⁶ Social International UIMM, n° 769, juill. 2016, p. 13.

⁷ S. Luce, Politiques et campagnes en faveur d'un salaire assurant des conditions d'existence convenables : les enseignements à tirer des États-Unis, in Justice sociale et croissance : le rôle du salaire minimum, JIRS, BIT Vol. 4, n° 1, 2012, p. 13.

⁸ T. Madelin, L'Allemagne rassurée par le succès du salaire minimum, Les Échos, 30 déc. 2015.

étonnamment, elle tempère actuellement la remontée du SMIC. Après l'augmentation de 2012 postérieure à l'élection présidentielle (augmentation dite « coup de pouce »), la réévaluation de 2017 s'est effectuée sur les seules bases réglementaires du code du travail (0,93 %). Le montant horaire brut 2017 est donc de 9.76 €/h (soit 1.480,27 €/mois ou 17.763,24 €/an pour un temps plein). Ce niveau maintient la France parmi les pays européens les plus « protecteurs ». Le désir d'augmentation a cependant été contenu. Le gouvernement a suivi les préconisations du groupe d'experts pour le SMIC au regard d'une situation économique jugée fragile⁹. Bien que nominale élevé par contraste avec d'autres pays plus pauvres, le salaire minimum reste conçu par l'actuel gouvernement comme un salaire d'entrée pour un travailleur faiblement qualifié. Le pari est fait que l'expérience professionnelle et le développement des compétences professionnelles doit favoriser la mobilité indicielle du travailleur.

Dans un tel contexte contemporain, le juriste de droit du travail peut tenter d'apporter un éclairage à la question du salaire minimum, dans la perspective d'un ouvrage interdisciplinaire consacré à la moralité et à l'immoralité des revenus. Il ne s'agit pas de résoudre, naturellement, la dispute économique qu'il sous-tend (protection des « insiders » au détriment des « outsiders »), ni de trancher la question de la pertinence d'une relance économique par la demande¹⁰ sur la base de données économiques difficilement maîtrisables. Cette dispute semble d'ailleurs concentrée sur la fixation d'un niveau selon la situation économique du pays considéré¹¹, au demeurant plus ou moins exposée au dumping social ou au recours au machinisme. On peut ici reprendre une phrase majeure du rapport mondial des salaires 2016/2017 de l'OIT : la fixation du niveau des salaires minima est une affaire de dosage¹².

⁹ SMIC : le gouvernement veut-il lui donner un coup de pouce ? Le Figaro, 19 déc. 2016.

¹⁰ T. Schulten, Une politique européenne de salaire minimas – Un concept en faveur d'une croissance induite par les salaires et des salaires équitables en Europe, in *Justice sociale et croissance : le rôle du salaire minimum*, BIT, JIRS, BIT, vol. 4, n° 1, 2012, p. 101.

¹¹ P. Bleser, K. Sobek, A quel niveau les pays devraient-ils fixer leurs salaires minima ? *Journal international de recherche syndicale*, BIT, Vol. 4, n° 1, 2012

¹² « La fixation des niveaux de salaire minimum est toutefois une affaire de

Aussi, afin de contribuer au débat sur les enjeux internes et internationaux sur le sujet, une réflexion synthétique en quelques points clefs peut être proposée.

1 - La question du salaire minimum est liée à l'histoire des politiques sociales nationales.

L'instauration d'un salaire minimum est liée aux acquis historiques. Il serait faux, à ce titre, de penser que la France, présentée comme la patrie des droits de l'Homme (et des droits sociaux), fut la toute première à en généraliser un. Elle fut devancée par l'Australie, la Nouvelle Zélande, les USA et ce d'abord par secteur ou profession¹³. Mais s'agissant de la France, et sans remonter à la doctrine médiévale du juste prix, l'exigence d'un salaire minimum en rapport avec les besoins du salarié germé progressivement¹⁴. D'abord sur les marchés des travaux publics (décret Millerand de 1899) au titre des exigences du cahier des charges. Ensuite au regard de la loi de 1936 consacrant l'extension des conventions collectives (clause obligatoire sur les salaires). Il convient également de souligner l'audace de la « Charte du travail » (1941) instaurant une fixation unilatérale par le gouvernement de Vichy. Mais surtout, on doit retenir l'exigence d'un minimum énoncée par le programme du CNR, au sortir de la seconde guerre mondiale, sous couvert de la dignité par le travail¹⁵. Cinq ans plus tard le salaire minimum interprofessionnel garanti a été créé (SMIG). Il fut ultérieurement indexé sur l'indice des prix (1952). C'est ensuite en 1970 que le salaire minimum interprofessionnel dit de « croissance » fut instauré (SMIC) mais avec un mécanisme de progression tenant compte de l'évolution des prix et du mouvement général des rémunérations et de l'économie. Sous cet angle, on perçoit que le salaire minimum légal se niche dans les grandes crises de l'histoire (l'après seconde

dosage », rapport Mondial sur les salaires 2016/2017, Les inégalités salariales au travail, OIT p. 25.

¹³ A. Rodier, Pourquoi le salaire minimum s'impose, Le Monde 9 févr. 2014

¹⁴ Sur ce point, N. Olszak, Histoire du droit du travail, éd. Economica, 2011, p. 74.

¹⁵ Le programme évoque ainsi « un réajustement important des salaires et la garantie d'un niveau de salaire et de traitement qui assure à chaque travailleur et sa famille la sécurité, la dignité et la possibilité d'une vie pleinement humaine ».

guerre mondiale et les crises pétrolières¹⁶). Ce constat explique l'un des attachements à son existence. Il n'empêche que dans une économie aujourd'hui mondialisée, soumise à la concurrence sur les bas salaires, la question d'une politique de coordination régionale (Europe) voire internationale (OIT) prend un sens inédit. Cela conduit, ici ou là, à l'émergence de revendications plus ou moins construites en faveur d'un salaire minimum européen¹⁷ ou d'un salaire de base « international ». Ces revendications sont porteuses d'une part d'utopie au regard de la grande complexité économique et juridique de la question.

2 - Le salaire minimum n'est pas, à lui seul, une garantie contre les « mini-jobs »

Le SMIC est d'abord un salaire horaire. Autrement dit, la mensualité est rapportée à la durée du travail accomplie dans le mois. Un travailleur à temps partiel peut donc, selon la durée du travail stipulée dans son contrat, percevoir une somme relativement faible, rendant le travailleur pauvre potentiellement éligible à certaines prestations d'aide sociale (dont le RSA) permettant d'accéder à un « revenu » minimum qu'il convient de distinguer du salaire minimum. Le droit français tente d'instituer des limites au recours aux mini-jobs insuffisamment rémunérés et trop flexibles à l'instar de ceux qui sont pratiqués en Angleterre ou en Allemagne. Les syndicats de salariés s'opposent fortement aux revendications de flexibilité du marché du travail en promouvant le modèle du CDI à temps plein. Le travail à temps partiel est conçu comme l'exception (en théorie), soumis à un encadrement réglementaire et conventionnel drastique. Ainsi, par exemple, à défaut d'accord collectif étendu, la loi fixe une durée minimale de 24h par semaine sauf motifs personnels invocables par le salarié (contraintes personnelles, cumul d'emplois, etc.)¹⁸. Contrairement au droit anglais qui pratique le contrat « zéro heure », le contrat au « sifflet » permettant le recours au salarié sur demande aléatoire (sans durée garantie) est interdit en France. Un tel contrat irrégulier expose

¹⁶ D'autant que la mensualisation a été généralisée au cours des années 1978 et 1979.

¹⁷ A. Cros, Pour un salaire minimum européen, Eurocité, Note n° 3.

¹⁸ C. trav., art. L. 3123-14-1 et s.

l'employeur à des sanctions pénales mais aussi civiles, dont la requalification en contrat à temps plein (avec rappels de salaires associés). Cela étant posé, l'hypothèse du temps partiel et des autres situations de précarité mises à part (intérim, travail intermittent), le droit interne garanti également un minimum mensuel¹⁹, calculé sur la base du salaire horaire à temps plein. Donc sur la base du modèle de 35 heures (soit 151,66 heures par mois). On retiendra ici que le salaire minimum est en rapport avec le temps de travail et qu'il se détermine par rapport aux politiques sociales relatives à la durée du travail. Celles-ci sont plus ou moins protectrices selon les pays mais participent de la bonne compréhension de la problématique.

3 - Le salaire minimum est l'expression, dans un pays donné, de la notion de salaire équitable.

La notion de salaire équitable est au regard du droit supranational un « standard » normatif rattaché à celui de dignité humaine. La notion de rémunération équitable apparaît cependant évasive et programmatique, laissant une large marge de manœuvre aux États concernés. Les termes sont repris dans certains textes fondamentaux internationaux (Déclaration universelle des droits de l'homme) et européens (Charte communautaire des droits fondamentaux des travailleurs, Charte sociale européenne) mais intègrent aussi la notion de travail décent promue par l'OIT²⁰. Selon les modalités propres à chaque pays concerné, doit être assurée au travailleur une rémunération équitable (i.e. suffisante) afin de lui permettre d'avoir un niveau de vie décent, y compris pour subvenir aux besoins essentiels de sa famille. Et les travailleurs soumis à un régime autre que le travail à temps plein doivent pouvoir bénéficier d'un salaire de référence équitable (cf. supra). L'OCDE détermine, à ce titre, le salaire minimum comme une garantie légale en deçà de laquelle il est interdit de descendre. Le Conseil de l'Europe propose une approche économique du salaire équitable par rapport à un pourcentage du salaire net moyen national (60 %)²¹. La France est

¹⁹ C. trav., art. L. 3232-1

²⁰ Rapp. CIT 79^e session 1992, Salaires minima, Méthodes de fixation, application et contrôle, 1992, BIT.

²¹ A. Hecquet, Droit positif et perspectives de développement des salaires minima dans l'Union Européenne, Mémoire de master, Aix-Marseille université, 2014.

l'un des rares pays européen à satisfaire à ce critère « recommandatoire » même si son droit constitutionnel reste sur ce point très évasif (principe de sécurité matérielle de l'alinéa 11 du Préambule de 1946). Par suite, il s'en déduit que le mode de fixation légal d'un salaire minimum est la concrétisation du droit plus évasif, mais fondamental, à un salaire équitable. C'est aussi pourquoi la jurisprudence administrative a considéré que le droit à une rémunération égale au SMIC était constitutif d'un principe général du droit (1982) et que la jurisprudence judiciaire a étendu son bénéfice à certaines catégories de travailleurs pourtant indépendants mais partiellement régis par le code du travail (gérants non-salariés de succursales de maison d'alimentation de détail). Il est d'ailleurs piquant de constater, qu'en droit interne, le SMIC sert également d'étalon à certaines rétributions qui lui sont indexées et attribuées en contrepartie d'un travail étranger au salariat. Tel est le cas, par exemple des usagers handicapés des ESAT (55 % à 110 % du SMIC)²² ou des détenus accomplissant des travaux au titre du service de l'emploi pénitentiaire (de 20 à 45 % du SMIC)²³. La vertu d'équité attribuée au SMIC dépasse ainsi la seule sphère du salariat.

4 - La notion de salaire minimum est une notion relative (approche comparative).

Dans une perspective comparative, la notion de salaire minimum recouvre plusieurs réalités. La perspective européenne (UE) est ici riche d'enseignements. La plupart des 28 États membres²⁴ disposent d'une telle mesure de protection. Mais ils imposent ce(s) « plancher(s) » selon cinq approches différentes : 1°) la voie légale ou réglementaire, de type uniforme (ce qui n'exclut pas certaines dérogations sectorielles ou catégorielles); 2°) la voie interprofessionnelle ou intersectorielle qui repose sur un accord collectif généralisé (ex. Belgique); 3°) la voie sectorielle (ou de branche) qui impose un salaire minimum par grands secteurs²⁵, avec des espaces non couverts et propices aux mini-jobs²⁶; 4°) la voie

²² CASF, art. L. 243-4

²³ CPP, art. 717-3, al. 5.

²⁴ Royaume-Uni compris

²⁵ Ex. Suède, Finlande, Danemark, Autriche, Italie.

²⁶ Anciennement, le modèle allemand.

légale mais non générale, ciblant des professions particulières²⁷. 5°) La voie légale articulée avec la voie conventionnelle, permettant une articulation favorable et impérative (France). Dans ce cadre, les minima conventionnels doivent être réajustés lorsque le salaire minimal légal les dépasse (effet cliquet). Mais la politique des partenaires sociaux peut d'emblée être plus favorable que le seuil organisé par la loi. Les grandes branches jouent dans ce cadre un rôle moteur, et il n'est pas inutile de rappeler ici que la France s'est engagée à réduire, depuis 2014, le nombre de branches afin d'augmenter la puissance sectorielle de la négociation collective. Cela étant posé, la variation des modèles s'accompagne d'une forte variation de l'unité de calcul (base mensuelle, hebdomadaire, journalière, horaire) mais aussi des niveaux atteints, en lien avec la situation économique des pays considérés et de la productivité des travailleurs. Les montants varient en frôlant le facteur 9 entre le plus faible (235 € en Bulgarie) et le plus élevé (1999 €, pour le Luxembourg). Leur rapport au salaire moyen réellement pratiqué peut varier de 30 à 60 %. D'autres différences se font sentir. Certains pays sans salaire minimum légal ont parfois un taux de chômage enviable (ex. Autriche) ou un salaire moyen très élevé (Danemark) sans occulter une présence syndicale constructive (taux de syndicalisation). On conçoit dans un tel contexte, que le vœu de réalisation d'un salaire minimum européen uniforme, émis par certains²⁸, reste illusoire²⁹. Il est vrai que les bases juridiques en faveur d'une convergence harmonieuse des rémunérations font défaut, l'article 153 du TFUE n'habilitant l'UE qu'à soutenir l'action des États membres dans le domaine des conditions de travail. Le modèle américain, de type fédéral (avec un salaire minimum fédéral) n'est donc pas transposable à ce jour, ce qui ne permet pas de réduire les écarts de compétitivité dans un marché européen

²⁷ Ex : Chypre

²⁸ En ce sens, rapport d'information n° 3856 déposé par la commission des affaires européennes de l'Assemblée Nationale sur le salaire minimum au sein de l'Union Européenne, présenté par M. Philip Cordery (21 juin 2016). Parmi les propositions faites dans ce rapport, il est suggéré d'œuvrer en faveur d'une convergence des salaires minima en Europe, voire inscrire le salaire minimum européen dans le socle européen des droits sociaux.

²⁹ Le salaire minimum dans l'Europe élargie, communiqué OIT, JCP S, n°46, nov. 2008, act. 588.

ouvert³⁰. La voie intermédiaire consistant à ériger des critères communs pour la fixation des seuils nationaux serait plus réaliste, à l'instar des pratiques promues par l'OIT.

5 - Le droit international (OIT) vise plutôt à lutter contre les salaires anormalement bas.

Très tôt l'OIT s'est saisie de la question d'un salaire minimum. Dès 1928 une première Convention (n° 26) a été adoptée ainsi qu'une recommandation (n° 30) relatives aux méthodes de fixation des salaires minima. Par souci d'efficacité, l'approche de l'OIT est d'abord sectorielle (industrie), ce que confirme une autre Convention relative aux gens de mer (n° 76) qui fut adopté en 1946, puis déclinée dans le domaine agricole en 1952 (n°99). C'est surtout la convention n° 131 (1970) qui retient ici l'attention³¹. Plus générale et sortant du seul cadre sectoriel, elle porte sur la fixation de salaires minima à l'échelle mondiale³². C'est très ambitieux, sans doute trop comme le révèle le faible nombre de pays l'ayant ratifié (53)³³. De nombreux pays disposant déjà un dispositif de salaire minimum sont en effet réticents. L'argument avancé repose sur le fait que le texte considère que les salaires minima doivent avoir « force de loi », bénéficiant d'une protection civile et pénale. Certains États considèrent que cette référence à la loi porterait atteinte à la liberté de négociation des partenaires sociaux et sous-entendrait l'idée d'un salaire uniforme. L'argument est excessif dès lors que le texte insiste plutôt sur le caractère obligatoire du salaire minimum national pour éviter tout abaissement par voie conventionnelle ou contractuelle. Mais l'argument reflète en réalité l'extrême réticence des États face aux velléités de coordination à l'échelle mondiale. En réalité, la norme C 131 pose un certain nombre de principes directeurs pour l'adoption d'un salaire minimum dans les États, et vise surtout à lutter contre les salaires anormalement bas. C'est ainsi qu'il revient de déterminer

³⁰ Sans même aborder les divergences du coût des systèmes de protection sociale dans chacun des États membres.

³¹ Entrée en vigueur en 1972

³² Conf. Internationale du travail, OIT, 103^e session 2014, Systèmes de salaires minima, Etude d'ensemble des rapports sur la convention n° 131 et la recommandation n° 135 sur la fixation des salaires minima (1970).

³³ La Malaisie est l'un des derniers pays à l'avoir adoptée pour une entrée en vigueur en 2017.

les groupes de travailleurs à protéger après consultation des partenaires sociaux, si possible sur un modèle tripartite. Il convient de prendre en considération les besoins des travailleurs (et de leur famille) eu égard au niveau général des salaires dans le pays, du coût de la vie, et des prestations sociales accordées. Afin de maintenir un haut niveau d'emploi, il convient également de tenir compte des exigences du développement économique, etc. Autrement dit, une grande marge de manœuvre est laissée aux États pour la fixation « contextualisée » d'un salaire minimum. Sans doute le succès médiocre de la C 131 explique-t-il le développement d'outils d'accompagnements, non normatifs, à l'instar du guide du BIT mis en ligne en 2016³⁴.

6 - Le droit international (OIT) consacre cependant un salaire minimum sectoriel maritime

Les développements précédents témoignent de l'efficacité d'une méthode privilégiant, au titre du dialogue tripartite international, une approche sectorielle notamment s'agissant de l'industrie, de l'agriculture et du transport maritime. À ce titre, les derniers développements normatifs de l'OIT concernant les gens de mer méritent une attention particulière tant elle est audacieuse et innovante. D'abord au regard d'un contexte normatif remarquable, puisque l'OIT a su développer un « codex » applicable aux travailleurs du secteur maritime regroupant l'ensemble des normes applicables en ce domaine au sein de la Convention MLC de 2006. Cette dernière a été massivement ratifiée et comprend un principe directeur relatif au salaire minimum des marins qualifiés³⁵. Ensuite, parce que la sous-commission sur les salaires des gens de mer a adopté en 2016³⁶ une modification de ce principe directeur pour fixer de façon chiffrée ce salaire minimum. À compter du 1^{er} janvier 2016, il est évalué à 614 \$. C'est une façon d'admettre que sur un navire, plusieurs salariés même soumis à leur loi d'autonomie, puissent bénéficier de la

³⁴ Ce guide donne des conseils sur la fixation et l'application du salaire minimum : www.ilo.org/minimumwage

³⁵ Principe B2.2.4

³⁶ OIT, Département des activités sectorielles, SWJMC/2016 (Rev.), Genève, 6 et 7 avr. 2016 et SWJMMC/2014, Mise à jour du montant mensuel minimum du salaire ou de la solde de base des matelots qualifiés, Genève, 26-27 févr. 2014.

protection d'un salaire minimum international décent. Le mode de calcul est très savant. On peut le présenter de façon simplifiée : il part de l'établissement de la solde de base pratiquée dans les pays représentatifs des nations maritimes, tient compte de la moyenne des taux de change du dollar pour intégrer les effets des fluctuations, de la variation des prix à la consommation, et affecte un coefficient de pondération pour les pays ayant peu de marins salariés. C'est ainsi que la sous-commission a fait passer ce salaire mensuel de 585 \$ à 614 \$, ce qui constitue le montant servant de base à tout nouveau calcul. Voilà ainsi un secteur professionnel, fortement soumis à la concurrence internationale, qui dispose d'une norme de référence en ce domaine. Ce mécanisme est le seul qui existe, au sein de l'OIT, pour fixer le salaire de base dans une industrie donnée. À l'échelle internationale, il se révèle remarquable. Il se distingue des initiatives tentant d'associer le droit de l'OMC pour inciter à l'insertion des clauses sociales dans les contrats d'affaires internationaux.

7- Le SMIC français fait l'objet d'une réglementation technique et mal connue

La Loi française consacre la liberté de fixation du salaire mais dans le respect du salaire minimum légal et d'ordre public. Autrement dit, la convention collective ou le contrat de travail peuvent toujours l'améliorer mais sont interdites les clauses d'indexation des salaires sur le montant du SMIC, sur le niveau général des prix ou sur l'inflation. De telles clauses sont frappées d'une nullité d'ordre public absolu. La liberté est donc relative mais elle permet de distinguer le salaire minimum du salaire réellement versé ou contractuellement convenu (salaire réel). Cela étant posé, s'agissant du SMIC, la réglementation demeure difficile à appréhender d'autant que la loi procède par voie d'affirmation : le salaire minimum assure aux salariés dont les rémunérations sont les plus faibles la garantie de leur pouvoir d'achat et une « participation » au développement économique de la nation (C. trav. art. L. 3231-2). Ces deux objectifs font l'objet de précisions. S'agissant de la garantie du pouvoir d'achat, celle-ci résulte de l'indexation sur l'évolution de l'indice national des prix à la consommation, étant indiqué que le SMIC est automatiquement relevé dans les mêmes proportions si cet indice augmente d'au moins 2 %. S'agissant de la participation au développement de la nation, les textes habilent le gouvernement à relever annuellement

le salaire minimum au regard de l'évolution des conditions économiques générales et des revenus. Un avis doit être sollicité auprès de la commission nationale de la négociation collective, rendu sur la base des comptes économiques de la nation. C'est cet aspect du mode de fixation qui peut apparaître opaque et soumis à aux aléas de l'interprétation politique de données économiques chiffrées difficilement compréhensibles pour le public. Du reste, la bonne compréhension du mécanisme gouvernant le salaire minimum, nécessite quatre précisions interdépendantes de la problématique générale.

1°) L'obligation pour l'employeur de respecter le SMIC nécessite de prendre en compte son assiette, autrement dit toutes les sommes versées en contrepartie de la prestation élémentaire de travail (hors heures supplémentaires). C'est donc que certaines primes (ex. primes de production) ou avantages en nature (ex. logement) participent de cette assiette, le restant constituant le salaire minimum en espèces garanti (C. trav. art. D. 3231-9). C'est dire que tout avantage ne se cumule pas forcément avec le minimum garanti, certains en faisant partie.

2°) La libre fixation des salaires permet souvent aux conventions collectives de dépasser le seuil légal. Afin d'éviter les retards de rattrapage, le code du travail impose des négociations obligatoires annuelles sur les salaires (tant au niveau de la branche qu'au niveau de l'entreprise). C'est l'une des raisons expliquant un taux de salariés payés au SMIC entre 11 et 13 % (soit entre 2,6 et 3,4 millions de salariés)³⁷. C'est dire que le niveau réel des salaires ne se confond pas avec le seul minimum légal.

3°) Il convient de rappeler que le droit français consacre un SMIC « jeune travailleur ». L'article D. 3231-3 organise un abattement de 20 % (avant 17 ans), ou de 10 % (entre 17 et 18 ans). Cet abattement ne s'applique pas pour les jeunes travailleurs justifiant de six mois de pratique professionnelle dans la branche d'activité dont ils relèvent. Ce salaire minimum fait l'objet d'une variation encore plus nuancée s'agissant des apprentis selon leur âge et l'année d'exécution du contrat³⁸. C'est dire que la réglementation présuppose la moindre productivité des jeunes travailleurs et entend favoriser leur insertion par cette mesure d'abattement.

³⁷ Selon les informations les plus accessibles

³⁸ C. trav. art. D. 6222-26.

4°) Enfin, la question du coût du travail rapporté au salaire minimum ne peut faire l'économie du poids des charges sociales, et donc de la distinction entre le salaire minimum net et le salaire minimum brut. C'est ainsi que certaines politiques sociales allègent des charges sociales patronales sur les bas salaires, pour implicitement soutenir l'emploi, à condition que l'employeur respecte, en principe, les rounds de négociation obligatoire sur les salaires (C. trav. art. 2242-5-1). Sans être exhaustif, ce rappel illustre l'ambivalence de la perception du salaire minimum par les pouvoirs publics qui recourent à « des subventions ou à des allègements de charges pour compenser son niveau élevé et protéger l'emploi »³⁹.

8 - Le niveau du salaire minimum est mis à l'épreuve de la concurrence (dé)loyale

Les pays ayant fait le choix d'un SMIC élevé sont exposés aux jeux de la concurrence internationale. Les faibles salaires peuvent favoriser les délocalisations ou la mobilité des travailleurs à bas coûts. Dans le contexte européen, la directive relative au détachement des travailleurs dans le cadre de la libre prestation de services (1996)⁴⁰ fait l'objet de vives polémiques, favorisant les revendications en vue d'une concurrence sociale plus équitable quitte à justifier des pratiques gouvernementales protectionnistes. Une telle critique fragilise les fondamentaux européens de la libre circulation qui ont pourtant contribué à une répartition des échanges et des richesses au sein de cette région du monde. Si l'on évince la question de la concurrence par le travail dissimulé⁴¹, la concurrence sur les bas salaires fait débat. Une note de la direction générale du trésor en date du 23 juin 2016 tempère les effets de cette concurrence⁴², même au regard du poids relatif des cotisations sociales⁴³. Du reste notre droit interne encourage les contrôles des travailleurs européens détachés sur la base d'un noyau dur de droits,

³⁹ N. Olszak, op. cit., p. 76.

⁴⁰ Dir. 96/71/CE et dir. 2014/67/UE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services.

⁴¹ Qui constitue une autre facette du problème mais que l'on retrouve indépendamment des enjeux liés aux mobilités

⁴² Dépêche AEF du 23 juin 2016, n° 540583

⁴³ 40 % du salaire en moyen mais 16% au titre du SMIC

dont le salaire minimum⁴⁴, sa mensualisation et la durée du travail (C. trav. art. L. 1262-4). Ces derniers peuvent même saisir le juge français pour faire respecter ces dispositions indépendamment de la loi étrangère applicable à leur contrat (C. trav. R. 1412-5). La France a d'ailleurs considérablement durci, ces dernières années, la réglementation applicables aux salariés détachés temporairement (déclaration de détachement, vigilance du donneur d'ordre, amendes administratives, etc.). Le cas des transports routiers constitue, à ce jour, le point d'orgue de sa résistance. L'arrêté du 7 avril 2016⁴⁵, pris en application de la loi Macron du 6 août 2015, impose des formalités nouvelles extrêmement difficiles à remplir sur la base d'un texte ambigu qui semble s'appliquer au cabotage de courte durée (exigences d'un représentant du transporteur sur le territoire français, conservation des documents de contrôle, attestation de détachement rédigée en français, etc.). La traversée du pays est ainsi susceptible de modifier les droits applicables au chauffeur routier salarié. Il est intéressant de constater que l'Allemagne a adopté une réglementation semblable. Ce deux pays font actuellement l'objet d'une procédure d'infraction par la Commission européenne qui, pour se justifier, indique que les États ne sauraient créer « des obstacles administratifs disproportionnés au bon fonctionnement du marché intérieur » dans l'hypothèse où l'application du salaire minimum n'aurait qu'un lien marginal avec le territoire de l'État membre traversé⁴⁶. Dit autrement, cette politique d'application systématique des législations sur le salaire minimum par les pays traversés s'apparente à une mesure protectionniste évinçant les entreprises de transport des autres États membres. Cette politique fondée apparemment sur la défense de la concurrence loyale serait en réalité déloyale à l'égard de nos partenaires européens alors même que des initiatives sont en cours pour réviser la directive de 1996. La protection des minima nourrissant la montée des arguments nationalistes, la politique interne prend ici le dessus sans qu'aient été évaluées les externalités négatives de telles décisions.

⁴⁴ Y compris conventionnel

⁴⁵ D. n° 2016-418 du 7 avril 2016, JORF, 9 avril.

⁴⁶ Commission européenne, communiqué de presse, Bruxelles 16 juin 2016 : La commission entame des procédures contre l'application systématique des législations françaises et allemande sur le salaire minimum dans le secteur des transports, europa.eu/rapid/press-release

9 - En conclusion : c'est moins l'existence que le montant du salaire minimum qui fait débat

La plupart des pays développés a fait le choix d'adopter un salaire minimum mais selon des modalités différentes. Le choix politique de son montant est adossé à des indices économiques parfois difficilement accessibles ou opaques selon les pays considérés. Le regard que l'on peut poser sur ce sujet nécessite, en réalité des compétences pluridisciplinaires, conjuguant à minima l'économie et le droit⁴⁷. Les juristes sauront dépeindre le régime juridique du salaire minimum légal (ou réglementaire), son caractère impératif et son articulation avec le salaire réel, qui peut correspondre à d'autres minima (conventionnels ou contractuels) et prenant le relai. Le calcul politique et électoraliste de la fixation d'un seuil ne doit pas être négligé, spécialement lorsqu'il dépasse les réajustements réglementaires. C'est ici prendre une grande responsabilité sur le plan macroéconomique, spécialement si une telle décision est adoptée sans tenir compte des salaires réellement négociés par les partenaires sociaux ou les parties à la relation de travail (salaires réels). L'apport des juristes permet ici d'appréhender les normes applicables aux salaires minima et leurs interactions systémiques, y compris s'agissant des prestations et des aides sociales qui permettent de glisser de la notion de salaire à celle plus large de rémunération. À charge ensuite pour les décideurs politiques et leurs conseillers d'avancer prudemment, dans un monde économiquement ouvert, et sans céder à la tentation – celle électoraliste d'une part, ou celle d'un repli sur soi d'autre part – qui consisterait à élever de façon simpliste un « minimum » sans tenir compte d'un environnement fragile. Si la fixation du niveau du salaire minimum légal est en effet une affaire de dosage, Paracelse nous a appris depuis longtemps que la dose peut faire le poison.

⁴⁷ En ce sens, D. Pallantza, *La créance de salaire*, éd. L'Harmattan, Préf. G. Loiseau, 2014.